

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Volume 44 – Numéro 1

Année : 2014

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de

URI : droit. <http://hdl.handle.net/11143/10154>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10154>

Page vide laissée intentionnellement.

L'INTERPRÉTATION DE LA CRIMINALISATION DE LA TRAITE DES ÊTRES HUMAINS EN DROIT PÉNAL CANADIEN À L'AUNE DU PROTOCOLE DE PALERME : ANALYSE DE L'ARRÊT URIZAR DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC	1
Par Kristine PLOUFFE-MALETTE	
L'ÉVOLUTION RÉCENTE DE LA CONCEPTION DE L'ENFANT DANS LE DROIT QUÉBÉCOIS : L'EXEMPLE DE LA LOI SUR LA PROTECTION DE LA JEUNESSE ET DES RÉCENTS PROJETS DE LOI EN MATIÈRE D'ADOPTION	27
Par Laurence RICARD	
AJUSTEMENT NÉCESSAIRE DU VOLONTARISME CONTRACTUEL : DU VOLONTARISME AU SOLIDARISME?	71
Par Ghislain TABI TABI	
DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS : LES ORDONNANCES D'INJONCTION DE TYPE ANTON PILLER, MAREVA ETNORWICH EN MATIÈRE DE FRAUDE COMMERCIALE	127
Par Mathieu PICHE-MESSIER	
Catherine LUSSIER	
Laurence BURTON	
LES CONTOURS CIVILISTES DE LA FRAUDE CRIMINELLE : POUR UNE APPROCHE TRANSVERSALE, PARTIE 1 : ASPECTS ÉPISTÉMOLOGIQUES	173
Par Mario NACCARATO	
L'APPROCHE ÉCONOMIQUE EN MATIÈRE DE MALHONNÊTÉ ET DE RÉGLEMENTATION FINANCIÈRE : LE CAS DES FRAUDES D'INVESTISSEMENT	201
Par Guy BELLEMARE	
Yves TRUDEL	
LES DROITS LINGUISTIQUES AU CANADA	227
Par Guillaume ROUSSEAU	

Page vide laissée intentionnellement.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : L'INTERPRÉTATION DE LA CRIMINALISATION DE LA TRAITE DES ÊTRES HUMAINS EN DROIT PÉNAL CANADIEN À L'AUNE DU PROTOCOLE DE PALERME : ANALYSE DE L'ARRÊT URIZAR DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Auteur(s) : Kristine PLOUFFE-MALETTE

Revue : *RDUS*, 2014, volume 44, numéro 1

Pages : 1-25

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/9929>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/9929>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

L'INTERPRÉTATION DE LA CRIMINALISATION DE LA TRAITE DES ÊTRES HUMAINS EN DROIT PÉNAL CANADIEN À L'AUNE DU PROTOCOLE DE PALERME : ANALYSE DE L'ARRÊT URIZAR DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

par Kristine PLOUFFE-MALETTE *

En janvier 2013, la Cour d'appel du Québec a prononcé la première décision d'un tribunal d'appel canadien interprétant les dispositions du Code criminel adoptées en 2005, lesquelles mettent en œuvre le Protocole de Palerme et criminalisent la traite des êtres humains. Le tribunal supérieur a affirmé qu'aucun franchissement d'une frontière, par l'un quelconque des acteurs, n'est nécessaire à la reconnaissance de la perpétration de la traite des êtres humains. Or, si une lecture attentive du Protocole permet cette conclusion, l'intention du législateur canadien s'avère, sur ce point, ambiguë en ce qu'il ne fait aucune distinction entre la traite interne et la traite internationale. En l'absence d'une intention claire, il est permis de conclure comme l'a fait la Cour, à une protection accrue de l'ensemble des victimes, canadienne ou étrangère. De plus, l'analyse de l'arrêt Urizar fait ressortir les inadéquations des définitions nationales et internationales de la traite, lesquelles engendrent des problèmes d'interprétation. Finalement, les plus récentes modifications législatives devraient militer en faveur de l'adoption d'un double critère objectif-subjectif dans l'évaluation de l'exploitation sous-jacente à l'infraction de traite des êtres humains.

In January 2013, the Quebec Court of Appeal rendered for the first time, a decision of a Canadian appellate court interpreting certain Criminal Code provisions adopted in 2005, implementing the Palermo Protocol and criminalizing human trafficking. The Court concluded that actual border-crossing by any of the perpetrators was not required for the human-trafficking offence to apply. However, if a careful reading of the Protocol indeed leads to this conclusion, the stated intent of Parliament remains ambiguous since the law makes no distinction between internal and international trafficking. In the absence of a clearly stated intent, one may conclude, as did the Court of Appeal, that greater protection of all victims, domestic and foreign is provided. Moreover, an analysis of the Urizar decision underlines the inadequacies of the definitions provided of national and international human trafficking, thus creating problems of interpretation. Finally, these most recent legislative changes argue in favour of adopting a dual objective-subjective criterion in assessing the notion of exploitation which underlies the crime of human trafficking.

*. Candidate au doctorat en droit, Université de Sherbrooke. Avocate et chargée de cours, Université de Montréal, Université de Sherbrooke et Université du Québec à Montréal.

SOMMAIRE

I.	L'affaire <i>Urizar</i>	5
II.	La transposition des engagements internationaux en droit canadien en matière de lutte contre la traite des êtres humains : l'analyse de la Cour d'appel du Québec	7
a.	L'incrimination et le champ d'application : une lecture articulée du droit international et du droit canadien criminalisant la traite des êtres humains	9
i.	L'analyse des dispositions internationales permettait à la Cour d'appel de conclure à l'absence d'un critère de mobilité	10
ii.	L'intention ambiguë du législateur canadien quant à la portée des dispositions criminalisant la traite des êtres humains.....	13
b.	L'inadéquation des définitions internationale et canadienne de l'infraction de traite des êtres humains engendre des difficultés d'interprétation pour le juge canadien	18
III.	Conclusion	24

L'esclavage moderne est un crime. Ceux qui s'en rendent coupables, le passent sous silence ou le favorisent doivent être traduits en justice. Victimes et rescapés doivent avoir des voies de recours et la possibilité d'obtenir réparation : c'est un droit.

Ban Ki-Moon, Secrétaire général des Nations Unies,
2 décembre 2010

La traite des êtres humains¹ n'épargne plus aucun État², incluant le Canada; on retrouverait au sein même des frontières canadiennes de 1500 à 2200 victimes annuellement, généralement des femmes ou des filles³, majoritairement exploitées dans l'industrie du sexe. C'est en l'an 2000 que le Canada s'est officiellement engagé dans la lutte contre la traite des êtres humains lors de la signature du *Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants*⁴. Malgré la signature par le gouvernement canadien de la *Convention pour la répression de la*

1. Aux fins de cette contribution, les expressions « traite des êtres humains » et « traite des personnes » sont indistinctement utilisées.
2. Voir à ce sujet les rapports annuels de l'administration américaine : US Department of State, Office to Monitor and Combat Trafficking in Persons, *Trafficking in Persons Report*, Washington, en ligne : <http://www.state.gov/j/tip/rls/tiprpt/index.htm>.
3. Jacqueline OXMAN-MARTINEZ, Marie LACROIX et Jill HANLEY, *Les victimes de la traite des personnes : Points de vue du secteur communautaire canadien*, ministère de la Justice, août 2005, en ligne : http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/jp-cj/tp/rr06_3/index.html. Les auteurs mentionnent que selon la GRC de 1500 à 2200 victimes de la traite des êtres humains transiteraient annuellement par la frontière canado-américaine. Il n'a pas été possible de consulter une donnée statistique plus récente.
4. *Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants*, 15 novembre 2000, 2237 RTNU 319 (entrée en vigueur : 25 décembre 2003) [ci-après « *Protocole de Palerme* »]. 159 États sont parties à ce traité à ce jour (mise à jour : 23 juillet 2014).

*traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui, esclavage, travail forcé, trafic de personnes, exploitation de prostitution d'autrui*⁵ en 1949, la traite des êtres humains n'était pas pour autant criminalisée de manière autonome en droit national. L'histoire législative canadienne en matière de lutte contre la traite des êtres humains est, de ce fait, récente⁶.

Afin de respecter ses engagements internationaux, le parlement fédéral a modifié le Code criminel en 2005⁷ afin de criminaliser la traite des personnes et ses principaux attributs, notamment le fait de bénéficier d'un avantage matériel de la commission de cette infraction et la rétention, par le trafiquant ou un tiers, des documents de voyage établissant l'identité d'un immigrant. Ces dispositions du Code criminel, ultérieurement modifiées en 2010⁸ puis en 2012⁹, ont donné lieu à quelques dizaines de décisions¹⁰, mais aucune n'avait encore été prononcée par un tribunal d'appel. Rendu par la Cour d'appel du Québec le 16

-
5. 2 décembre 1949, 96 RTNU 271 (entrée en vigueur : 25 juillet 1951).
 6. En 2001, le Canada a adopté la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, qui prévoit que « commet une infraction quiconque organise l'entrée au Canada d'une ou plusieurs personnes par fraude, tromperie, enlèvement ou menace ou usage de la force ou de toute autre forme de coercition. » L.C. 2001, c 27, art 118 (1). Il s'agit toutefois d'une infraction migratoire et non criminelle (ci-après « *Loi sur l'immigration et les réfugiés* »).
 7. *Loi modifiant le Code criminel (traite des personnes)*, projet de loi n° C-49 (Débat en 3^e lecture – 25 novembre 2005), 1^e sess., 38^e légis. (Can.)
 8. *Loi modifiant le Code criminel (peine minimale pour les infractions de traite de personnes âgées de moins de dix-huit ans)*, L.C. 2010, c 3.
 9. *Loi modifiant le Code criminel (traite des personnes)*, L.C. 2012, c 15 (ci-après « *Loi de 2012* »). Les modifications législatives de 2012 ne seront pas étudiées en l'espèce, puisque la décision a été rendue sur la base du droit en vigueur en 2009, soit au moment des faits.
 10. Voir notamment *R. c. Myles Tynes and Philip Lafferty*, 2010 QCCQ 9767; *R. v. Domotor and al*, 2011 ONSC 626; *R v. Downey and Thompson*, 2010 ONSC 1531; *R v. Ng*, 2007 BCPC 0204; *R v. Ng*, 2008 BCCA 535; *R. c. Napangi*, Cour de justice de l'Ontario, 13 mai 2008 et 24 juin 2008. Benjamin Perrin répertorie 30 inculpations entre 2007 et 2009, Benjamin PERRIN, *Invisible Chains. Canada's Underground World of Human Trafficking*, Toronto, Vicking Group, 2010.

janvier 2013, l'arrêt *Urizar c. R.*¹¹ consiste en la première décision d'un tribunal supérieur canadien dans laquelle est interprétée l'infraction de traite des êtres humains au sens du Code criminel canadien.

Force est toutefois de constater que cet arrêt ne répond pas à certaines questions importantes et d'actualité, lesquelles ne lui étaient pas posées, notamment en ce qui a trait aux liens entre proxénétisme et traite des personnes. Celles-ci ne seront de ce fait pas abordées. Puisque les tribunaux devront se pencher à nouveau sur le libellé de cette infraction pour en mesurer l'entière portée, cet article se veut une contribution aux débats qui entourent la criminalisation canadienne de la traite des êtres humains, sans pour autant apporter de conclusions à chacun d'entre eux.

Cette décision est certes importante puisqu'elle est la première en la matière (I), mais aussi et surtout, car elle permet de mieux saisir la portée des dispositions parfois ambiguës du Code criminel, lesquelles sont appelées à être ultérieurement interprétées. Elle permet de plus de faire la lumière sur l'engagement international du Canada et de confirmer, comme le fait à juste titre la Cour d'appel, que la traite des êtres humains peut être perpétrée en l'absence de mouvement transfrontalier de la victime (II a). Finalement, l'analyse de cet arrêt permet, d'une part, de soulever l'inadéquation de la définition canadienne de la traite des êtres humains au regard de la définition internationale incluse dans le *Protocole de Palerme*. D'autre part, elle permet de préciser le choix du critère objectif d'évaluation de l'acte d'exploitation, un élément sous-jacent à la définition de l'infraction de traite des êtres humains (II b).

I. L'affaire *Urizar*

En janvier 2009, Juan Pablo Urizar, l'appelant, âgé de 25 ans, entreprend une relation amoureuse avec la victime, alors âgée

11. 2013 QCCA 46 (ci-après « *Urizar* »). La décision n'a pas été portée en appel à la Cour suprême du Canada

de 18 ans. Les faits se dérouleront sur une courte période de neuf mois, dans la seule région montréalaise. L'appelant couvre la plaignante de cadeaux de toutes sortes. La victime vit une période difficile tant personnellement, avec ses parents, avec qui elle habite, que financièrement; elle tente de terminer, dans une école pour adultes, son diplôme d'études secondaires. Pour pallier ses problèmes financiers, l'appelant lui propose de danser nue. Convaincue, elle entreprend de danser dans les bars. Elle n'est pas habituée au milieu et n'en connaît pas les rouages. L'appelant lui offre de consommer de la cocaïne afin d'outrepasser la gêne et d'assurer une bonne performance, ce qu'elle accepte. Les danses deviennent de plus en plus fréquentes et s'accompagnent de gestes de violence et d'intimidation de la part de l'appelant. La plaignante ne porte pas plainte, car elle affirme l'aimer. L'appelant lui soutire tout l'argent qu'elle gagne. Suivant chacun des épisodes de violence et de séquestration, elle tente de quitter l'appelant en se réfugiant chez ses parents, mais il revient à la charge avec son affection et ses cadeaux. Elle porte finalement plainte en août 2009 lorsque l'appelant la menace de l'envoyer danser nue à Toronto.

L'appelant est accusé et reconnu coupable en première instance de 13 chefs d'accusation : vol qualifié, voies de fait armées, voies de fait causant des lésions corporelles, menaces de causer la mort ou des lésions corporelles, agression sexuelle, agression causant des lésions corporelles, séquestration, possession d'une arme en vue de commettre une infraction, traite de personnes, bénéfice d'un avantage matériel, extorsion, harcèlement criminel. La Cour d'appel a prononcé un arrêt conditionnel des procédures sur les chefs de menace de causer la mort ou des lésions corporelles, possession d'une arme et extorsion. Pour ces deux derniers chefs, le prononcé est survenu sur entente entre le procureur et la défense. La Cour conclut de plus que les menaces et l'extorsion font double emploi avec le prononcé de culpabilité de traite des personnes, justifiant l'arrêt des procédures¹².

12. *Id.*, par. 95.

Quatre moyens d'appel sont soulevés par l'appelant. Premièrement, il allègue qu'aucune preuve ne soutient sa déclaration de culpabilité; deuxièmement, il plaide l'erreur manifeste du juge de première instance lorsque ce dernier a permis à la plaignante de témoigner à l'extérieur de la salle d'audience. Puisqu'aucune erreur de droit ni aucune erreur manifeste et déterminante de faits n'a été soulevée quant à l'appréciation de la preuve réalisée par le premier juge, la Cour d'appel rejette, à bon droit, ces moyens d'appel¹³. L'appelant demande, troisièmement, l'arrêt des procédures sur les chefs d'extorsion et de menaces, demande à laquelle l'intimé acquiesce.

La thèse de l'appel repose essentiellement sur le quatrième moyen d'appel : selon l'appelant, « le verdict de culpabilité sur les chefs d'accusation relatifs à la traite des personnes vise les migrants qui sont déplacés ou cachés, tout en étant contraints de fournir un travail forcé. En l'absence de mouvement forcé, il n'y aurait pas de crime¹⁴. » Tel est l'enjeu de cette décision, puisqu'aucun déplacement, c'est-à-dire le franchissement d'une frontière, internationale ou interne, n'a eu lieu dans cette affaire. Avant toute chose, plusieurs aspects du *Protocole de Palerme* ont été analysés par la Cour, qui commande que l'on s'y attarde.

II. La transposition des engagements internationaux en droit canadien en matière de lutte contre la traite des êtres humains : l'analyse de la Cour d'appel du Québec

Au moment où les accusations ont été portées contre l'appelant, les dispositions du Code criminel criminalisant la traite des êtres humains se lisaient ainsi :

279.01 (1) Quiconque recrute, transporte, transfère, reçoit, détient, cache ou héberge une personne, ou exerce un contrôle, une direction ou une influence sur les mouvements d'une personne, en vue de l'exploiter ou de faciliter son exploitation commet une infraction [...]

13. *Id.*, par. 38 à 58.

14. *Id.*, par. 34.

279.02 Quiconque bénéficie d'un avantage matériel, notamment pécuniaire, qu'il sait provenir de la perpétration de l'infraction visée aux paragraphes 279.01(1) ou 279.011(1) commet une infraction [...]

279.03 Quiconque, en vue de faciliter ou de perpétrer l'infraction visée aux paragraphes 279.01(1) ou 279.011(1), cache, enlève, retient ou détruit tout document de voyage d'une personne ou tout document pouvant établir ou censé établir l'identité ou le statut d'immigrant d'une personne, qu'il soit authentique ou non, canadien ou étranger, commet une infraction [...]

279.04 Pour l'application des articles 279.01 à 279.03, une personne en exploite une autre si :

a) elle l'amène à fournir ou offrir de fournir son travail ou ses services, par des agissements dont il est raisonnable de s'attendre, compte tenu du contexte, à ce qu'ils lui fassent croire qu'un refus de sa part mettrait en danger sa sécurité ou celle d'une personne qu'elle connaît;

b) elle l'amène, par la tromperie ou la menace ou l'usage de la force ou de toute autre forme de contrainte, à se faire prélever un organe ou des tissus.

Pour interpréter ces dispositions, la Cour a analysé les travaux préparatoires et les travaux parlementaires afin de déterminer le but et l'intention du législateur et a retenu, tour à tour, des interprétations de nature téléologique, argumentative et historique pour déterminer le contenu de la norme. Celles-ci permettent de souligner et de rectifier certaines conclusions de la Cour quant à l'incrimination et au champ d'application de la norme. En effet, la Cour d'appel a conclu, à bon droit, qu'aucun franchissement de frontière par l'un quelconque des acteurs n'est nécessaire pour reconnaître la perpétration de la traite des êtres humains. Or, cette conclusion progressive repose sur une interprétation fragile du *Protocole de Palerme* et des travaux du parlement canadien (a). Ces mêmes conclusions de la Cour obligent quelques observations quant à la définition de la traite des êtres humains, telle qu'elle a été retenue par le législateur canadien,

principalement parce qu'elle se présente en porte-à-faux vis à vis de l'engagement international du Canada (b).

a. L'incrimination et le champ d'application : une lecture articulée du droit international et du droit canadien criminalisant la traite des êtres humains

Les dispositions du Code criminel trouvent leur origine dans le *Protocole de Palerme* adopté en l'an 2000 sous l'égide des Nations Unies¹⁵ et ratifié en 2002 par le Canada¹⁶. Ce traité international a pour but de prévenir et combattre la traite, d'en protéger les victimes et de promouvoir la coopération des États en la matière¹⁷. L'objectif est clair et rappelé en ces termes au préambule du *Protocole* :

une action efficace visant à prévenir et combattre la traite des personnes [...], exige [...] une approche globale et internationale comprenant des mesures destinées à prévenir, à punir les trafiquants et à protéger les victimes, notamment en faisant respecter leurs droits fondamentaux internationalement reconnus¹⁸.

Les mesures dites de protection des victimes sont pour le moins laconiques au sein du *Protocole de Palerme*. On y retrouve trois dispositions prévoyant l'assistance, le statut légal et le rapatriement des victimes. La première consiste en une obligation modulée en fonction de la bonne volonté des États¹⁹. Dans un premier temps, il s'agit plus de la transposition de l'appréhension des États quant à une éventuelle défense injustifiée de traite par un

-
15. Le *Protocole de Palerme* a été adopté en marge de la *Convention des Nations Unies visant à réprimer la criminalité transnationale organisée*, 15 novembre 2000, 2225 R.T.N.U. 209 (entrée en vigueur : 29 septembre 2003) (ci-après « *Convention sur la criminalité transnationale organisée* »).
16. Il a été ratifié sans réserve par le Canada.
17. *Protocole de Palerme*, art 2.
18. *Id.*, préambule.
19. *Id.*, art 6 : les modalités de protection seront accordées « lorsqu'il y a lieu et dans la mesure où [le] droit interne le permet ».

immigrant illégal que d'une réelle prise en charge des victimes de traite. Dans un deuxième temps, cela témoigne des problèmes toujours plus importants que rencontrent les États dans la lutte contre la prostitution et la gestion des flux migratoires²⁰. Quant à la détermination du statut légal de la victime, il appartient à l'État de destination de le déterminer, alors que le rapatriement de celle-ci devrait se faire dans le respect de sa sécurité, avec ou sans son consentement²¹.

Les défenseurs des droits des victimes de traite des êtres humains ne peuvent que se réjouir de la lecture du *Protocole de Palerme* réalisée par la Cour d'appel du Québec puisqu'elle milite pour une protection effective des victimes, et ce, en l'absence quasi complète de mesures en ce sens en droit international. Or, si cette décision, limitée à la question du critère de mobilité – ou plutôt à son absence – est des plus opportunes, l'analyse du contenu des travaux parlementaires, nécessaire à l'interprétation législative, ne la permettait que difficilement. Cependant, une relecture du *Protocole de Palerme* permet de soutenir cette décision et de confirmer l'interprétation de la Cour.

i. L'analyse des dispositions internationales permettait à la Cour d'appel de conclure à l'absence d'un critère de mobilité

Premièrement, si la Cour a bien identifié l'obligation internationale qui incombait au Canada – tout État partie est tenu de criminaliser la traite des êtres humains – elle lui a toutefois reconnu une limitation qui ne trouve pas écho au *Protocole*. En effet, elle affirme, dans sa décision, que cette obligation sera adoptée par

20. Anne GALLAGHER, « Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling: A Preliminary Analysis » (2001) 23 *Hum Rts Q* 975, 991; Elisabeth DEFEIS, « Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons – A New Approach » (2004) *J Int'l & Comp L* 485, 488. Kristine PLOUFFE-MALETTE, *Protection des victimes de traite des êtres humains. Approches internationales et européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 67 et 68.

21. *Protocole de Palerme*, art 7 et 8.

l'État partie « en conformité avec les principes de son propre système juridique²² », et ce, conformément à l'article 5 du *Protocole de Palerme*. Or, la lecture des deux alinéas de l'article 5 ne peut mener à une telle conclusion :

1. Chaque État Partie adopte les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale aux actes énoncés à l'article 3 du présent Protocole, lorsqu'ils ont été commis intentionnellement.

2. Chaque État Partie adopte également les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale :

a) Sous réserve des concepts fondamentaux de son système juridique, au fait de tenter de commettre une infraction établie conformément au paragraphe 1 du présent article;

b) Au fait de se rendre complice d'une infraction établie conformément au paragraphe 1 du présent article; et

c) Au fait d'organiser la commission d'une infraction établie conformément au paragraphe 1 du présent article ou de donner des instructions à d'autres personnes pour qu'elles la commettent. [Nos soulignés]

La criminalisation de la traite des personnes ne souffre d'aucune exception tant en droit international qu'en droit national canadien. En effet, il y est présenté une incrimination claire du crime de traite des êtres humains; cette obligation incombe aux États parties au *Protocole de Palerme*, peu importe leur système juridique. Seule la tentative, contrairement à la complicité, l'organisation ou l'instruction, consiste en une infraction qui, elles, peuvent être modulées en fonction des principes fondamentaux des différents systèmes juridiques nationaux.

Dès lors, au regard des faits de l'affaire *Urizar*, cette interprétation du *Protocole de Palerme* n'a aucun effet puisque, d'une part, le gouvernement canadien n'a pas inclus de limitation explicite à la criminalisation de la traite des personnes au Code criminel et, d'autre part, l'appelant était bel et bien accusé de traite

22. *Urizar c. R.*, préc., note 11, par. 66.

des êtres humains, non pas de tentative ou de complot en vue de commettre ce crime.

Deuxièmement, la Cour ne fait certes pas fausse route en concluant qu'aucun franchissement de frontière n'est nécessaire à la reconnaissance de la perpétration de la traite des êtres humains. Il s'agit d'une position qui a été défendue par la doctrine²³ et retenue lors de la rédaction de certains instruments juridiques régionaux luttant contre la traite²⁴. Toutefois, cette conclusion devait être tirée de la lecture du traité international, qui différencie clairement la *définition du crime* et le *champ d'application* du *Protocole*, plutôt que des travaux parlementaires et préparatoires canadiens, partiellement contradictoires.

En effet, l'article 4 du *Protocole de Palerme* définit explicitement son champ d'application. Ce dernier est limité à la perpétration des infractions de nature internationale impliquant un groupe criminel organisé. Cependant, une lecture cohérente du *Protocole* et de sa convention-mère, la *Convention sur la criminalité transnationale organisée*²⁵, permet de limiter ce champ d'application à la seule infraction internationale. À ce titre, le *Guide législatif*, produit par les Nations Unies et accompagnant ces deux instruments internationaux, confirme que les infractions doivent être incorporées dans le droit national des États parties,

-
- 23. Joan FITZPATRICK, « Trafficking as a Human Rights Violation: The Complex Intersection of Legal Frameworks for Conceptualizing and Combating Trafficking » (2002-2003) 24 *Mich J Int'l L* 1143; Georgina VAZ CABRAL, *La traite des êtres humains. Réalités de l'esclavage contemporain*, Paris, La Découverte, 2006; Emmanuel DECAUX, *Les formes contemporaines de l'esclavage*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2009, p. 109; B. PERRIN, préc., note 10, p. 119; Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, *Principes et directives concernant les droits de l'homme et la traite des êtres humains : recommandations. Rapport présenté au Conseil économique et social par le Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme*, E/2002/68/Add.1.
 - 24. Voir à ce titre la *Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains*, STE n° 197, 2005, art 2 et la *Directive concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes*, [2011] JO L 101/1.
 - 25. Préc., note 15.

conformément à la procédure propre au monisme ou au dualisme, sans, pour autant, inclure la nature de l'infraction²⁶. Par conséquent, le champ d'application peut différer d'une législation nationale à l'autre, l'infraction pouvant être essentiellement de nature internationale ou nationale, voire être reconnue intégralement sans distinction. En définitive, chaque État partie peut déterminer si l'infraction de traite des êtres humains se compose ou non d'un franchissement d'une frontière, d'un déplacement ou d'un mouvement de la victime, le tout conformément à l'esprit du traité²⁷.

Cette lecture articulée des instruments internationaux permettait la conclusion de la Cour d'appel du Québec. En effet, le Canada avait, à juste titre, le choix d'inclure ou non les caractéristiques propres au champ d'application de l'infraction internationale de traite des êtres humains²⁸. Le libellé de l'article 279.01 du Code criminel ne fait aucune mention introduisant une distinction entre la traite interne et la traite internationale. Ainsi, en ne conditionnant pas les infractions nationales relatives à la perpétration de la traite des êtres humains au franchissement d'une frontière, le Canada était dans son droit.

ii. L'intention ambiguë du législateur canadien quant à la portée des dispositions criminalisant la traite des êtres humains

L'intention du législateur canadien quant à la portée des dispositions criminalisant la traite des êtres humains n'est pas aussi limpide. Il y a confusion entre les commentaires avancés au

-
26. Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée et des protocoles s'y rapportant*, 2005, p. 295 : en ligne : https://www.unodc.org/tldb/fr/legislative_guides.html. Voir aussi K. PLOUFFE-MALETTE, préc., note 20, p. 68.
27. *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 RTNU 331, art 26 et 31 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980).
28. Sur la question du champ d'application de la norme internationale, voir : K. PLOUFFE-MALETTE, préc., note 20, p. 46 et ss.

*Résumé législatif LS 508F*²⁹, produit par les services d'information du parlement canadien, et les débats parlementaires qui ont précédé l'adoption du projet de loi C-49, deux documents sur lesquels la Cour d'appel s'est appuyée pour rendre sa décision. La nécessité d'un « aspect transnational » est souligné au *Résumé législatif*, ajoutant que « [m]ême si la définition ne mentionne pas expressément qu'il doit y avoir mouvement transfrontalier, c'est nettement le point central du protocole³⁰ ». Non seulement cette interprétation semble inadéquate eu égard au libellé et à l'analyse du *Protocole de Palerme*, mais elle n'a que partiellement retenu l'attention des parlementaires lors des débats ayant précédé l'adoption du projet de loi. Bien qu'il ait été fait mention de déplacement illégal de personnes ou de recrutement de victimes trompées à l'étranger, les parlementaires ont abordé indistinctement la traite interne et la traite internationale, éludant la question de la nécessité ou non d'un mouvement frontalier d'une victime.

Certains parlementaires n'ont souligné que le caractère international de la traite des êtres humains. À titre d'exemple, le député Richard Marceau mentionne que « certaines personnes, trop souvent des femmes, seront recrutées pour venir travailler ici, dans l'espoir d'un avenir meilleur, sans se douter du véritable enfer qui les attendra³¹ » [Nos soulignés]. Il poursuit sa déclaration en s'appuyant sur l'exemple de femmes issues d'anciennes républiques soviétiques recrutées par de fausses agences de mannequinat pour être exploitées sexuellement. Il soutient de plus que

la prostitution est un point central des activités des groupes criminels organisés et, à ce titre, le recrutement de main-d'œuvre étrangère est facilité par la réalité misérable de

29. Laura BARNETT, *Service de recherche et d'information parlementaire, Résumé législatif LS-508F : Projet de loi C-49 : Loi modifiant le Code criminel (traite des personnes)*, Bibliothèque du Parlement, 2066.

30. *Id.*, p 4.

31. CANADA, *Débats de la Chambre des communes*, 1^e sess., 38^e légis., fascicule n° 125, 26 septembre 2005, p. 1255 (Richard Marceau).

personnes dupées sur la nature du travail auquel ils ou elles aspirent³². [Nos soulignés]

Les députés libéraux ont pour leur part reconnu d'emblée la traite interne³³, distinguant les dispositions de la *Loi sur l'immigration et les réfugiés* et le Code criminel, l'une pour lutter contre la traite internationale, l'autre pour contrer la traite interne. Or, cette distinction au sens du Code criminel n'aurait pas eu lieu d'être, puisque la *Loi sur l'immigration et les réfugiés* vise à protéger les frontières canadiennes de la traite internationale, alors que le Code criminel s'attaque à l'infraction même de traite des êtres humains, qu'elle soit de nature interne ou internationale. À titre d'exemple, le député John Maloney affirmait que

[...] les réformes proposées au Code criminel nous aideront à combattre un plus grand nombre de cas de traite des personnes, y compris la traite qui a lieu strictement sur le territoire canadien. En dernier ressort, les modifications proposées au Code criminel permettront aux responsables de l'application de la loi d'accroître leur capacité à assurer que l'infraction à l'origine de l'accusation, que ce soit par le biais de ces nouvelles infractions au Code criminel ou en vertu de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, soit celle qui correspond le mieux aux faits d'un cas spécifique de traite et qui permet le mieux d'atteindre nos objectifs ultimes, notamment, la protection de la victime et la poursuite efficace du délinquant³⁴. [Nos soulignés]

Lors de la troisième lecture du projet de loi C-49, le député Irwin Cotler a rappelé les objectifs du projet en ces termes :

Ce dernier [le projet de loi C-49] vise à définir plus clairement la traite des personnes comme une attaque persistante et répandue contre les droits de la personne, et à la dénoncer. Il vise à offrir une protection accrue à ceux qui sont les plus vulnérables à cette violation criminelle des

32. *Id.*

33. *Id.*, p. 1340 (John Maloney).

34. *Id.*

droits de la personne, soit les femmes et les enfants. Le projet de loi vise aussi à traduire en justice les contrevenants et à tenir les passeurs responsables de leur conduite criminelle³⁵. [Nos soulignés]

Ainsi, le député aborde indistinctement les deux natures de la traite – interne et internationale – s'adressant à l'ensemble des victimes et des trafiquants, tout en conservant une référence au franchissement d'une frontière en utilisant l'expression « passeur ». Il poursuit sa déclaration en introduisant une confusion dans l'objectif préalablement déterminé. Il fait état de traite interne ou internationale, appelant à l'ajout de nouvelles infractions, tout en soulignant que l'ensemble des formes de traite peut être soumis au libellé du Code criminel, se gardant ainsi de distinguer les cas qui tomberaient sous le coup de la *Loi sur l'immigration et les réfugiés* :

Le projet de loi C-49 donne donc une définition très précise de l'exploitation, qui tient compte de cette réalité ainsi que du fait que les victimes peuvent être obligées de participer à une telle opération, non seulement parce qu'elles craignent pour leur propre sécurité, mais aussi parce qu'elles pourraient craindre pour la sécurité d'autres membres de leur famille.

Cependant, nous pensons qu'il y aurait beaucoup d'avantages à prévoir dans le Code criminel de nouvelles infractions qui viseraient précisément à interdire cette conduite et qui élargiraient l'interdiction actuelle de manière à englober toutes les formes de trafic de personnes, que les actes soient commis entièrement au Canada ou qu'ils aient une dimension transfrontalière ou internationale.

Le projet de loi C-49 définira et interdira de manière plus claire et plus large le type de conduite en question, que nous souhaitons prévenir. Nous dénoncerons ainsi plus clairement et plus fermement toutes les formes de trafic de personnes. Le projet de loi C-49 nous permettra de nommer

35. CANADA, *Débat de la Chambre des communes*, 1^e sess., 38^e légis., fascicule n° 135, 17 octobre 2005, p. 1540 (Irwin Cotler).

plus clairement et plus directement ce crime odieux qu'est le trafic de personnes et de lutter contre lui³⁶. [Nos soulignés]

Ainsi, ni le libellé ni les débats parlementaires ne permettent de conclure que le franchissement d'une frontière ou un déplacement important de la victime de traite des êtres humains constitue un critère ou une composante de l'infraction. Par conséquent, c'est à juste titre que la Cour d'appel a conclu qu'en droit pénal canadien, pour être matérialisée, l'infraction de traite des êtres humains ne nécessite pas le passage d'une frontière par l'un quelconque des acteurs, particulièrement la victime. Des plus importantes, cette conclusion mérite d'être soulignée, car la Cour reconnaît ainsi l'absence de distinction entre les différentes victimes – nationales ou étrangères – et la nécessité de protéger l'ensemble de celles-ci, qu'elles soient ou non d'origine canadienne, qu'elles aient ou non franchi une frontière, que la traite se soit déroulée entièrement ou partiellement en sol canadien. Finalement, la Cour d'appel confirme que la traite des êtres humains est avant toute chose un crime de droit commun qui viole les droits des victimes, et non une atteinte à l'une quelconque des frontières, non plus qu'à la souveraineté de l'État³⁷.

En somme, si les bifurcations de la Cour n'entraînaient pas d'effet sur le résultat de l'affaire *Urizar*, il n'en demeure pas moins qu'une lecture adéquate du droit international, particulièrement du *Protocole de Palerme*, est nécessaire, puisque, dans un futur rapproché, les tribunaux canadiens seront appelés à interpréter la portée de l'infraction de traite des êtres humains, d'autant que les dispositions pertinentes ont récemment été modifiées³⁸. En effet, les tribunaux pourraient être appelés à présenter une réponse pénale ou administrative, laquelle serait susceptible de différer en fonction de la « qualité » de la victime de traite. À titre d'exemple, il sera plus simple de poursuivre un trafiquant si la victime est toujours sur le territoire canadien. Par conséquent, la citoyenneté canadienne ou

36. *Id.*, p. 1545.

37. K. PLOUFFE-MALETTE, préc., note 20.

38. Loi de 2012, préc., note 9.

étrangère de la victime ou sa collaboration, jugée utile et efficace, avec les autorités pourraient faire peser la balance dans la mise en œuvre de ces deux lois.

b. L'inadéquation des définitions internationale et canadienne de l'infraction de traite des êtres humains engendre des difficultés d'interprétation pour le juge canadien

En ratifiant ou en adhérant au le *Protocole de Palerme*, les États parties se sont engagés, du moins implicitement, à respecter la définition de la traite des êtres humains prévue à l'article 3, et ce, conformément au but du traité :

Aux fins du présent Protocole :

- a) L'expression « traite des personnes » désigne le recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement ou l'accueil de personnes, par la menace de recours ou le recours à la force ou à d'autres formes de contrainte, par enlèvement, fraude, tromperie, abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité, ou par l'offre ou l'acceptation de paiements ou d'avantages pour obtenir le consentement d'une personne ayant autorité sur une autre aux fins d'exploitation. L'exploitation comprend, au minimum, l'exploitation de la prostitution d'autrui ou d'autres formes d'exploitation sexuelle, le travail ou les services forcés, l'esclavage ou les pratiques analogues à l'esclavage, la servitude ou le prélèvement d'organes;

La définition canadienne du crime de traite des êtres humains ne consiste pas en une copie conforme de la définition internationale³⁹; il s'agit plutôt d'un reflet imparfait. La définition

39. Il ne sera pas fait ici l'analyse des manquements canadiens à ses engagements internationaux, cette question dépassant le cadre de cette contribution. Il importe toutefois de souligner que le Canada ne semble pas respecter en tout point son engagement en ne respectant pas l'esprit même de la définition internationale de traite des êtres humains. Voir à ce

internationale est composée de trois éléments essentiels additionnés, soit une action, un moyen et une fin d'exploitation⁴⁰. La définition canadienne se compose d'une action et d'une fin. Les moyens sont assimilés à une action, puisque le législateur a choisi d'inclure la conjonction de coordination « ou » à l'énumération des actions, plutôt que de distinguer les actions et les moyens par l'addition de la préposition « par », telle qu'elle est incluse à l'article 3 du *Protocole de Palerme* :

La disposition canadienne : Quiconque recrute, transporte, transfère, reçoit, détient, cache ou héberge une personne, ou exerce un contrôle, une direction ou une influence sur les mouvements d'une personne [...]

La disposition internationale : L'expression « traite des personnes » désigne le recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement ou l'accueil de personnes, par la menace de recours ou le recours à la force ou à d'autres formes de contrainte, par enlèvement, fraude, tromperie, abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité, ou par

titre la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, préc., note 27. Sur les débats entourant la définition de la traite des personnes, voir : A. GALLAGHER, préc., note 20; J. FITZPATRICK, préc., note 23; Kara ABRAMSON, « Beyond Consent, Toward Safeguarding Human Rights: Implementing the United Nations Trafficking Protocol » (2003) 44 *Harv Int'l L J* 473, 474; LeRoy G. POTTS JR., « Global Trafficking in Human Beings: Assessing the Success of the United Nations Protocol to Prevent Trafficking in Persons » (2003) 35 *Geo Wash Int'l L Rev* 227; Janice G. RAYMOND, « The New UN Trafficking Protocol » (2002) 25 *Women's Studies International Forum* 5; Eduardo GERONIMI, « Aspects juridiques du trafic et de la traite des travailleurs migrants », dans *Perspectives sur les migrations du travail*, BIT, Genève, 2003; E. DEFEIS, préc., note 20; Jean-Paul LABORDE, *État de droit et crime organisé. Les apports de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*, Paris, Dalloz, 2005; G. VAZ CABRAL, préc., note 23; E. DECAUX, préc., note 23, p. 104 et ss; Ryszard PIOTROWCZ, « States' Obligations under Human Rights Law towards Victims of Trafficking in Human Beings: Positive Developments in Positive Obligations » (2012) *International Journal of Refugee Law* 1.

40. E. GERONIMI, préc., note 39; Estibaliz JIMENEZ, « La place de la victime dans la lutte contre la traite des personnes au Canada » (2011) 44 : 2 *Criminologie* 199.

l'offre ou l'acceptation de paiements ou d'avantages [...] [Nos soulignés]

En droit pénal canadien, il n'est de ce fait pas nécessaire, *a priori*, de démontrer le moyen utilisé par le trafiquant; seule la preuve d'une action et des fins d'exploitation sera suffisante pour soutenir une accusation de traite de personne. Or, l'ensemble de ces différences engendre un questionnement quant au mode d'évaluation de l'infraction de traite, particulièrement de la notion d'exploitation, lequel a fait surface dans l'arrêt *Urizar*.

Les débats parlementaires qui ont précédé l'adoption du projet de loi C-49 ont principalement été axés sur la notion d'exploitation; la Cour d'appel en évoque d'ailleurs à juste titre les principales déclarations⁴¹. L'intention du législateur est claire et conforme à l'intention sous-jacente de la définition du *Protocole de Palerme* : les fins recherchées par les trafiquants doivent être de l'ordre de l'exploitation⁴². Cette fin sera recherchée à l'aide d'une action, dont l'article 279.01 du Code criminel fait état. Une fois la preuve de l'acte commis, la preuve de l'exploitation de la victime devra être apportée au tribunal. Le moment venu de l'appréciation de la situation d'exploitation, il semble, conformément au libellé de la disposition canadienne, que le critère d'évaluation est de deux natures : objective et subjective.

À l'arrêt *Urizar*, les conclusions de la Cour d'appel sur ce critère d'évaluation de l'exploitation se lisent ainsi :

[71] La notion d'exploitation est définie à l'article 279.04 C.cr. Les agissements à la source de l'exploitation s'évaluent à l'aide d'un critère objectif. La victime est amenée à fournir son travail ou ses services par des agissements dont il est raisonnable de s'attendre, compte tenu du contexte, à ce

41. *Urizar c. R.*, préc., note 11, par. 70.

42. Cette affirmation a fait consensus au sein du parlement et auprès de tous les intervenants. Voir les débats parlementaires entourant l'adoption du projet de loi n° C-49, en ligne : <http://www.parl.gc.ca/LegisInfo/BillDetails.aspx?Language=F&Mode=1&billId=1823906>.

qu'ils fassent croire qu'un refus de sa part mettrait en danger sa sécurité ou celle d'une personne qu'elle connaît.

[72] L'infraction peut être commise de différentes façons. Il peut s'agir d'un geste isolé ou de gestes coordonnés pourvu que ces gestes soient posés en vue d'exploiter ou de faciliter l'exploitation de la personne. Ainsi, celui qui recrute ou héberge pourra être accusé de la traite des personnes à la condition qu'il ait su que le geste posé l'avait été en vue d'exploiter ou de faciliter l'exploitation d'une personne.

[Nos soulignés]

Ainsi, la Cour a identifié à bon droit le critère objectif propre à l'acte posé par le trafiquant à la source de l'exploitation. Toutefois, le tribunal s'est gardé de se prononcer quant à l'évaluation de la situation d'exploitation, qui, elle, commande une appréciation objective et subjective. En effet, il semble que la disposition prévoit ce double critère d'évaluation, puisqu'il est précisé que l'appréciation de l'exploitation se fait à l'aune de ce qu'« il est raisonnable de s'attendre, compte tenu du contexte » et que cela « [...] fasse croire [à la victime] qu'un refus de sa part mettrait en danger sa sécurité ou celle d'une personne qu'elle connaît⁴³. » Non seulement devrait-on considérer la situation d'exploitation d'un point de vue raisonnable et donc objectif, mais celle-ci devrait de plus faire croire à la victime que sa sécurité ou celle d'un tiers est subjectivement en danger.

Vu les faits de l'affaire *Urizar*, les gestes posés par l'appelant à l'égard de la victime confirmaient la situation d'exploitation de manière non équivoque. Toutefois, de nombreuses questions pourraient être soulevées dans le cadre d'une accusation ultérieure quant à la manifestation de la peur de la victime pour sa sécurité ou la sécurité d'un tiers. Bien que celles-ci dépassent le cadre de

43. Les professeurs Benjamin Perrin (University of British Columbia) et Louise Langevin (Université Laval) soutiennent tous deux cette double nature du critère d'appréciation de la situation d'exploitation. B. PERRIN, préc., note 10, p. 137 et 138; Louise LANGEVIN, « Benjamin Perrin, *Invisible Chains. Canada's Underground World of Human Trafficking*, Toronto, Vicking Group, 2010 » (2011) 56:2 *McGill L J* 471, 476.

cette analyse, il importe de préciser que le critère subjectif d'évaluation de l'exploitation pourrait être à l'avantage de la victime si les autorités et les décideurs étaient formés pour bien l'identifier et comprendre le contexte dans lequel peut se dérouler la traite. En effet, plusieurs victimes peuvent agir de manière à ne démontrer aucun signe classique de peur, faute de connaître le pays dans lequel elles se trouvent, par peur des représailles ou tout simplement par peur des autorités policières⁴⁴.

L'article 279.04, qui définit l'exploitation, a déjà fait l'objet de deux modifications législatives antérieures à la décision de la Cour d'appel, laquelle était tout de même liée par l'état du droit au moment de l'infraction. Après la dernière modification en date, l'exploitation se définit comme suit :

279.04 (1) Pour l'application des articles 279.01 à 279.03, une personne en exploite une autre si elle l'amène à fournir son travail ou ses services, par des agissements dont il est raisonnable de s'attendre, compte tenu du contexte, à ce qu'ils lui fassent croire qu'un refus de sa part mettrait en danger sa sécurité ou celle d'une personne qu'elle connaît. (2) Pour déterminer si un accusé exploite une autre personne au titre du paragraphe (1), le tribunal peut notamment prendre en compte les faits suivants :

- a) l'accusé a utilisé ou menacé d'utiliser la force ou toute autre forme de contrainte;
- b) il a recouru à la tromperie;
- c) il a abusé de son pouvoir ou de la confiance d'une personne.

(3) Pour l'application des articles 279.01 à 279.03, une personne en exploite une autre si elle l'amène, par la tromperie ou la menace ou l'usage de la force ou de toute autre forme de contrainte, à se faire prélever un organe ou des tissus⁴⁵. [Nos soulignés]

Cette disposition sera interprétée de nouveau le moment venu; il ne s'agit pas de fournir ici une analyse exhaustive et

44. Voir généralement G. VAZ CABRAL, préc., note 23.

45. Loi de 2012, préc., note 9.

prospective de ces modifications. Soulignons toutefois que le législateur semble avoir clarifié le critère d'évaluation de l'exploitation en maintenant la double nature de ce dernier, tout en précisant la possible *teneur* du critère subjectif. En effet, trois alinéas ont été ajoutés, permettant à un juge de retenir des faits propres à la contrainte, à la tromperie ou à l'abus *dans le cadre* de l'exploitation. Par conséquent, la perception de la victime devrait être d'autant importante et pourrait contribuer au renforcement de sa protection, particulièrement dans les cas où celle-ci pourrait avoir « collaboré » avec le trafiquant ou avoir perpétré des infractions dans le cadre de son exploitation. La recherche des « réactions attendues » ou des « bons comportements » des victimes, tels que la tentative de se sauver ou la dénonciation, est de plus implicitement proscrite. En définitive, cette modification pourrait s'avérer propice à une meilleure collaboration des victimes avec les autorités, et ce, même lorsque les premières auront vu leur confiance abusée, auront été flouées ou auront collaboré avec le trafiquant.

Si cet ajout législatif peut être réjouissant, notamment pour la lutte pour une meilleure protection et une reconnaissance adéquates des victimes ainsi que des situations dans lesquelles elles évoluent, il introduit une confusion entre les moyens et les fins d'exploitation relatifs à la traite des êtres humains. Ces deux composantes de la traite contiennent maintenant toutes deux des faits propres à la contrainte, à la tromperie ou à l'abus ou encore au contrôle, à l'influence et à la direction. De facture similaire, ces six expressions incluses au chapitre de l'acte et de la définition de l'exploitation ne peuvent qu'engendrer de la confusion dans la pratique du droit, l'identification des victimes et l'interprétation que la société civile et les tribunaux devront en faire. L'affaire *Urizar* permet de plus d'illustrer un de ces problèmes d'interprétation à venir. En effet, un acte de recrutement fondé sur le contrôle, l'influence ou la direction dans le but d'exploiter une personne contrainte, trompée ou abusée, peut mener à une série d'actes criminels et non pas seulement à la traite de personnes, tel, notamment, le proxénétisme. Dans l'affaire étudiée, les faits pourraient soutenir une accusation de proxénétisme. Il pourrait

ainsi être difficile de distinguer – si distinction il y a – une situation de proxénétisme de l'exploitation sexuelle d'une victime de traite des êtres humains.

III. Conclusion

En ne présentant pas une liste des manifestations de la traite des êtres humains au titre de l'exploitation, le législateur canadien a permis que soit reconnu comme une infraction un comportement qui, précédemment, aurait été plus difficile à invoquer devant un tribunal. En effet, dans l'arrêt *Urizar*, si la victime a certes témoigné, il n'a été que très peu question de son comportement⁴⁶. Il a plutôt été question du comportement du trafiquant envers la victime et de l'exploitation de celle-ci. Par conséquent, l'angle d'analyse de l'infraction de traite des êtres humains retenu par la Cour d'appel confirme que le libellé de ces articles doit être lu en fonction de l'acte perpétré et non à raison des comportements de la victime. Il n'en demeure pas moins que le critère subjectif d'évaluation de l'exploitation prend toute son importance, puisque, dans un cas ultérieur de traite, les autorités pourraient faire face à une victime ne présentant pas les signes classiques de la peur envers son trafiquant. Il est possible de penser aux travailleuses domestiques ou encore aux travailleurs de la construction qui peuvent être la cible de trafiquants, mais pourraient ne pas être soumis à un climat de violence physique extrême. L'exploitation devrait donc recevoir une double interprétation, objective et subjective.

En additionnant cette conclusion à celle de la Cour d'appel qui reconnaît, à bon droit et conformément au libellé du *Protocole de Palerme*, l'absence d'un critère de mouvement de la victime, les défenseurs des droits des victimes et les tenants de la lutte pour une meilleure protection de ces dernières peuvent se réjouir. En effet, non seulement modifie-t-on l'angle d'analyse en s'arrêtant avant toute chose sur l'exploitation, mais il est maintenant permis d'espérer que toutes les victimes pourront être protégées et que

46. La Cour souligne les contradictions et les exagérations de la victime dans son témoignage, mais n'en fait pas grand cas, justifiant ce comportement par la nature de la violence subie. *Urizar c. R.*, préc., note 11.

toutes les formes d'exploitation pourront être reconnues par les tribunaux canadiens.

Finalement, dans l'affaire *Urizar*, la Cour d'appel n'aborde pas, avec raison, l'ensemble des questions que peuvent soulever les dispositions criminalisant la traite des êtres humains. On se trouve à la marge du proxénétisme ou du fait de vivre des fruits de la prostitution. Or, faut-il le rappeler, les tribunaux canadiens ont, d'une part, permis ce que l'on nomme « les danses contacts⁴⁷ » en isoler et, d'autre part, ils ont récemment invalidé les dispositions du Code criminel propres aux infractions relatives à la prostitution⁴⁸. Par conséquent, ce sujet est toujours d'actualité et la question de la traite des personnes s'y invite.

47. *R. c. Pelletier*, [1999] 3 RCS 863.

48. *Bedford c. Canada*, 2012 ONCA 186 rendu par la Cour d'appel de l'Ontario, qui confirme la décision de la Cour supérieure de l'Ontario qui invalide les dispositions qui criminalisaient les aspects entourant la prostitution, à l'exception de la sollicitation. La décision a été confirmée par la Cour suprême du Canada le 20 décembre 2013, [2013] 3 RCS 1101.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : L'ÉVOLUTION RÉCENTE DE LA CONCEPTION DE L'ENFANT DANS LE DROIT QUÉBÉCOIS : L'EXEMPLE DE LA LOI SUR LA PROTECTION DE LA JEUNESSE ET DES RÉCENTS PROJETS DE LOI EN MATIÈRE D'ADOPTION

Auteur(s) : Laurence RICARD

Revue : RDUS, 2014, volume 44, numéro 1

Pages : 27-69

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/9930>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/9930>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

L'ÉVOLUTION RÉCENTE DE LA CONCEPTION DE L'ENFANT DANS LE DROIT QUÉBÉCOIS : L'EXEMPLE DE LA LOI SUR LA PROTECTION DE LA JEUNESSE ET DES RÉCENTS PROJETS DE LOI EN MATIÈRE D'ADOPTION*

par Laurence RICARD**

Cet article s'intéresse aux récentes modifications à la Loi sur la protection de la jeunesse et aux modifications prévues au régime d'adoption québécois et à leur ancrage dans la théorie psychologique de l'attachement. Suite à une mise en perspective historique de la conception des besoins de l'enfant, l'auteure propose une analyse détaillée des modifications apportées à la Loi sur la protection de la jeunesse et des modifications prévues au régime d'adoption. Ce faisant, le texte s'attarde d'une part aux implications pratiques de ces changements, c'est-à-dire à l'impact qu'ils ont ou auront sur la pratique des intervenants sociaux qui agissent dans les paramètres fixés par la loi et, d'autre part, aux implications plus générales qui doivent être tirées de l'adoption d'une nouvelle conception des besoins de l'enfant. Entre autres, l'introduction de la théorie de l'attachement dans le droit de la protection de l'enfance doit amener une réflexion plus profonde sur le fonctionnement du système juridique dans le traitement des cas signalés à la protection de la jeunesse et sur les politiques publiques nécessaires pour atteindre les objectifs fixés par la loi.

This article discusses the importance of attachment theory in recent changes made to the Youth Protection Act and in proposed changes to the system of adoption in Quebec. After describing the historical and theoretical background of these modifications, the writer analyzes them with a view to understanding their practical effects: first, the impact they have or could have on social workers acting under the authority of the Act; and second, the broader social and judicial consequences of this new conception of children's needs. More particularly, the writer argues that the introduction of the theory of attachment into youth protection legislation should promote greater reflection on the manner in which the judicial system handles cases brought to the attention of the Director of Youth Protection, and the public policies required for achieving the Act's goals.

*. L'auteure tient à remercier Roderick A. Macdonald pour son support, ses commentaires constructifs et l'inspiration apportée tout au long de la rédaction de ce texte. Merci aussi à Régine Tremblay et Normand Ricard pour leur contribution à la réflexion de l'auteure sur plusieurs enjeux traités dans cet article. Enfin, merci à Alana Klein pour son aide dans la révision du texte.

**.

B.C.L./L.L.B de l'Université McGill, maîtrise en philosophie politique de l'Université de Montréal. Elle a travaillé pour l'Association québécoise des centres de la petite enfance.

SOMMAIRE

1.	La conception juridique de l'enfant : le rôle de la théorie de l'attachement.....	32
2.	Les modifications à la <i>Loi sur la protection de la jeunesse</i> et leurs impacts.....	38
2.1	<i>La stabilité du milieu de vie : le projet de vie permanent.....</i>	<i>39</i>
2.2	<i>Les impacts pratiques du projet de vie permanent</i>	<i>43</i>
2.3	<i>Le maintien des liens significatifs.....</i>	<i>45</i>
2.4	<i>Les impacts pratiques de l'obligation de maintien des liens significatifs</i>	<i>48</i>
2.5	<i>L'apparition de droits pour les parents</i>	<i>50</i>
2.6	<i>Les impacts pratiques des nouveaux droits des parents</i>	<i>52</i>
3.	Les propositions de modifications au régime d'adoption québécois.....	52
3.1	<i>L'adoption sans rupture du lien de filiation</i>	<i>53</i>
3.2	<i>L'adoption ouverte ou les ententes de communication</i>	<i>57</i>
3.3	<i>L'assouplissement des règles de confidentialité</i>	<i>59</i>
3.4	<i>La délégation de l'autorité parentale à travers la tutelle dative.....</i>	<i>60</i>
4.	Les conséquences de la transformation de la conception de l'enfant	62
4.1	<i>L'interprétation de la théorie de l'attachement dans le droit</i>	<i>63</i>
4.2	<i>La place du judiciaire face aux constats de la théorie de l'attachement.....</i>	<i>65</i>
4.3	<i>L'impact en termes de politiques publiques</i>	<i>67</i>

Protéger l'enfant, c'est nécessairement prendre position par rapport à ce qui constitue ses besoins et son intérêt. En 2006, de nouvelles lignes directrices ont été intégrées à la *Loi sur la protection de la jeunesse* québécoise¹. Ces modifications importantes sont la manifestation la plus récente d'une transformation progressive de la conception de l'enfant et de ses besoins dans la société québécoise. Dans la même veine, le dépôt en 2012 puis en 2013 de projets de loi modifiant le régime d'adoption actuel, propose d'instaurer de nouveaux modes d'adoption qui reflètent une vision complexifiée des besoins de l'enfant². Cet article tentera donc de faire la démonstration de la thèse selon laquelle ces changements découlent d'une nouvelle conception de l'enfant au sein du droit québécois. En effet, ces deux initiatives démontrent que le Québec considère aujourd'hui que le bien-être de l'enfant repose non seulement sur le respect de ses droits, mais aussi sur une prise en compte de son environnement psychosocial. Cette nouvelle approche, même si elle s'inscrit dans une certaine continuité avec le passé, marque une évolution dans la mesure où elle intègre sans réserves la théorie de l'attachement à la conception juridique de l'intérêt de l'enfant.

Cette transformation des perspectives sociales et juridiques entraîne un questionnement à la fois axiologique et pratique. D'une part, elle reflète l'adoption d'une conception idéologiquement, socialement et historiquement conditionnée de l'enfant, qui devrait nous amener à nous questionner sur la conception plus large de l'individu qui domine dans d'autres domaines du droit. D'autre part, elle crée des problèmes pratiques auxquels sont confrontés les intervenants sur le terrain qui doivent composer avec les nouveaux objectifs de la *Loi sur la protection de la jeunesse* et qui devront, éventuellement, gérer des modifications au régime d'adoption.

1. *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1 [LPJ].

2. *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions en matière d'adoption et d'autorité parentale*, projet de loi n°81, (13 juin 2012), 2^e sess., 39^e légis. (Qc) [PL 81]; *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions en matière d'adoption, d'autorité parentale et de divulgation de renseignements*, projet de loi n°47, (présentation – 14 juin 2013), 1^{re} sess., 40^e légis., (Qc) [PL 47].

Depuis son adoption en 1977, la *Loi sur la protection de la jeunesse* a subi plusieurs modifications, dont l'introduction de nouveaux principes. Parmi ceux-ci, plusieurs témoignent de l'évolution de la conception des besoins de l'enfant. C'est dans cette perspective que nous nous attarderons dans ce texte à deux grands principes, tous deux introduits dans le nouvel article 4 de la *Loi* : premièrement, la protection de la stabilité du milieu de vie de l'enfant et, deuxièmement, l'importance de préserver et privilégier, dans la mesure du possible, ses liens avec les « personnes significatives » qui l'entourent. Par ailleurs, nous nous intéresserons aussi à l'apparition de droits pour les parents énoncés dans la *Loi*³, puisqu'ils donnent une cohérence à la nouvelle conception de l'enfant qui traverse l'ensemble des modifications. En effet, l'accentuation de l'importance du contexte relationnel pour l'enfant marque l'apparition de droits pour les parents tenant compte du fait que le soutien et les services aux parents sont essentiels pour le bien-être de l'enfant. Alors que, depuis son adoption en 1977, la *Loi sur la protection de la jeunesse* a donné préséance aux droits de l'enfant par rapport à son intérêt, il semble que ces modifications, prises dans leur ensemble, indiquent un retour vers la primauté de l'intérêt de l'enfant. Toutefois, ce n'est plus la conception autoritaire des années 1960 qui prévaut, mais une conception relationnelle, plus flexible, fondée sur l'évolution de la conception dominante de la psychologie de l'enfant.

Le projet de loi 47 modifiant le régime d'adoption déposé par le ministre St-Arnaud en 2013, ainsi que l'avant-projet de loi de 2009 et le projet de loi 81 de 2012 qui l'ont précédé, s'inscrivent dans la même lignée en proposant de créer de nouvelles formes d'adoption qui répondraient mieux au besoin de préserver les liens affectifs de l'enfant⁴. Parmi elles, l'adoption sans rupture du lien filial permettrait aux enfants plus âgés de conserver à leur acte de

3. *LPJ*, préc., note 1, art. 8.

4. *PL 47*, préc., note 2; *PL 81*, préc., note 2; MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Avant-projet de loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*, Québec, Publications du Québec, 2009 [*Avant-projet de loi sur l'adoption*].

naissance leur filiation d'origine en plus de leur filiation adoptive. De plus, la mise en place de balises juridiques encadrant des ententes de communication entre parents biologiques et personnes adoptées ouvre la porte à ce qui était appelé dans l'avant-projet de loi des adoptions ouvertes. Par ailleurs, le projet de loi 47 introduit deux nouvelles formes de transfert de l'autorité parentale, soit la possibilité de la délégation de l'autorité parentale au conjoint du parent, et l'introduction d'une nouvelle forme de tutelle dative. Ce dernier outil représente une solution mitoyenne pour maintenir le lien filial tout en déchargeant le parent de ses droits et obligations principaux envers l'enfant. Enfin, l'assouplissement des règles de confidentialité permettrait de faciliter des retrouvailles entre parents et enfants biologiques ou, du moins, de faciliter les recherches d'enfants adoptés qui souhaitent avoir des renseignements sur leurs parents biologiques.

Afin de poser un regard critique sur ces nouveautés, nous exposerons d'abord le cadre théorique de notre analyse, soit la théorie de l'attachement et son impact sur le droit de la jeunesse. Nous analyserons ensuite les modifications de 2006 à la *Loi sur la protection de la jeunesse* de manière à comprendre comment cette nouvelle vision de l'enfant s'articule. Dans ce cadre, nous nous interrogerons sur ce que peuvent nous apprendre les réactions des intervenants qui ont dû s'ajuster aux modifications depuis leur implémentation en 2007, à partir des données amassées par le rapport Turcotte, déposé en 2011⁵. Nous nous intéresserons ensuite aux propositions modifiant le régime d'adoption présentées dans l'avant-projet de loi de 2009 et dans les projets de loi de 2012 et 2013, afin de montrer que les mêmes principes guident la réforme de l'adoption. Enfin, nous tenterons de dresser un portrait des conséquences théoriques et pratiques de ces changements.

5. Daniel TURCOTTE, Sylvie DRAPEAU, Sonia HÉLIE *et al.*, *Les impacts de la nouvelle Loi sur la protection de la jeunesse : un premier bilan*, Québec, Centre de recherche sur l'adaptation des jeunes et des familles à risques (JEFAR), Université Laval, 2011.

1. La conception juridique de l'enfant : le rôle de la théorie de l'attachement

Afin de mettre en œuvre des mesures de protection sociale, le législateur doit agir sur la base de certains principes axiologiques et théoriques concernant la nature des besoins de l'individu. En effet, la construction de tels types de mesures implique un certain diagnostic des problèmes à régler et des solutions possibles qui ne peut se faire qu'à partir d'une vision déterminée des capacités et besoins de l'individu, bref, une théorie de la personne. Or, diverses conceptions des besoins de la personne humaine se sont succédées au fil des transformations sociales. Selon les valeurs dominantes d'une société à un temps donné, on accole différentes caractéristiques à l'individu. Par exemple, dans le Québec du début du vingtième siècle, la conception de l'individu était intimement liée à la structure sociale de l'époque, qui faisait du noyau familial le cœur de la société⁶. On ne pouvait donc pas penser l'individu en-dehors de la structure hiérarchique de la famille et du rôle qu'il y jouait. Par contraste, à partir des années 1960 et 1970, l'individu est devenu d'abord et avant tout sujet de droits, l'égalité formelle étant devenue la caractéristique dominante⁷.

Dans les mesures pour la protection de la jeunesse et dans le régime d'adoption, c'est la conception de l'enfant qui sert de point d'appui à l'ensemble du régime. L'évolution de cette conception a plusieurs implications. D'une part, elle s'inscrit dans une évolution historique et sociale plus large. À travers la façon dont on articule sur le plan juridique les besoins de l'enfant, c'est la conception de

6. On le voit dans la structure même du Code civil du Bas-Canada pré-réforme de 1964. La place de la « puissance paternelle », l'enfant comme objet de droits plutôt que sujet de droits et l'absence de tous droits pour la femme montre qu'à cette époque, les besoins des individus sont conceptualisés selon leur place dans la cellule familiale.

7. La réforme sur la capacité de la femme mariée, en 1964, puis l'adoption de la Charte québécoise des droits et libertés de la personne ont pavé le chemin à la consécration du discours de l'individu comme sujet de droits dans le contexte juridique québécois : voir *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*, S.R.Q. 1964, c. 66; *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12.

l'individu en général et du rôle de l'État dans la société qui transparaît. En effet, par l'identification de nouveaux besoins qui se transforment en nouveaux principes, le droit reconnaît de nouvelles caractéristiques aux individus. En faisant aujourd'hui de la stabilité du milieu de vie de l'enfant et du maintien des « relations significatives » les deux piliers des nouvelles modifications aux régimes de protection de la jeunesse et d'adoption, le droit québécois reconnaît à l'enfant, en plus de ses droits, certaines vulnérabilités qui reposent sur sa dépendance non seulement matérielle mais affective à l'égard des relations durables et constructives qu'il entretient avec les personnes qui s'occupent de lui. Ce faisant, le droit ne reconnaît plus uniquement de manière négative l'impact des relations dans l'évolution de l'enfant, il tourne son regard vers le versant positif de ces liens. L'enfant n'a pas seulement besoin d'être retiré des situations où les relations qu'il entretient avec ses parents sont dommageables; il doit pouvoir construire des relations affectives stables pour se développer pleinement. Cette constatation s'accompagne d'une relecture du rôle de l'État, qui ne se contente plus de faire respecter les droits de l'enfant, mais participe à construire le milieu propice à son développement.

Dans le contexte juridique québécois, la définition des besoins de l'enfant s'est développée à travers l'interprétation de la notion de l'intérêt de l'enfant. Depuis son apparition dans le vocabulaire juridique québécois, la définition de ce concept a largement varié en fonction du contexte sociohistorique. Avant la réforme du droit de la famille de 1980, par exemple, l'intérêt de l'enfant reposait en grande partie sur sa « légitimité »⁸. Par contraste, il y a aujourd'hui un plus grand attachement à la réalité biologique de la filiation⁹.

Dans le contexte actuel, la notion de l'intérêt de l'enfant prend un virage fondé sur la prédominance de la théorie de

8. C.c.B.C., art. 218, 237.

9. Nicholas KASIRER, *Note : Establishing the Bond of Filiation and the Civilian Conception of Family Relations (Recueil de textes)*, Faculté de droit, Université McGill, 1997.

l'attachement¹⁰. En effet, les modifications apportées à la *Loi sur la protection de la jeunesse* en 2007 et le projet de loi modifiant le régime d'adoption de 2012 reposent tous deux sur des présupposés qui s'ancrent profondément dans cette théorie. L'exposé plus bas des modifications apportées ou suggérées aux deux régimes juridiques montrera les manifestations concrètes de la théorie de l'attachement dans le droit québécois de la protection de l'enfance. Toutefois, pour bien comprendre la place centrale de cette théorie dans le droit actuel, il faut d'abord comprendre le contexte dans lequel elle s'inscrit ainsi que les forces et faiblesses qui lui sont attribuées par ses défenseurs et ses détracteurs.

La théorie de l'attachement s'est développée à travers plusieurs décennies de recherche en psychologie et neuropsychologie¹¹. Elle est aujourd'hui largement acceptée dans divers domaines de la recherche clinique. Cette théorie postule qu'il est essentiel pour l'enfant d'avoir un lien affectif stable avec un adulte significatif.

De manière très simplifiée, on peut dire que pour se développer normalement, un enfant a, dès ses premiers mois, besoin d'établir un lien sélectif avec un adulte qui soit une figure d'attachement stable, fiable, prévisible, accessible, capable de comprendre ses besoins et d'apaiser ses tensions, et qui lui permette de se sentir en sécurité chaque fois qu'il est en situation de détresse et de grande inquiétude¹².

-
10. On verra plus loin qu'elle n'y est pas équivalente, cependant : dans certaines situations, l'interprétation du principe de l'intérêt de l'enfant viendra servir de contrepoids à des principes juridiques fondés sur la théorie de l'attachement. Voir *Protection de la jeunesse - 0856*, 2008 CanLII 5742 (QC C.Q.). On peut toutefois apercevoir que l'apparition de nombreuses règles juridiques fondées sur la théorie de l'attachement modifie profondément ce que l'on conçoit comme constituant une part de l'intérêt de l'enfant.
 11. Elle s'appuie entre autres sur les constats de John Bowlby. Voir John BOWLBY, *L'attachement*, Paris, Presses Universitaires de France, 1969.
 12. Michel BERGER, « La spécificité du travail clinique en protection de l'enfance », (2006) 54 *Revue de Neuropsychiatrie de l'enfance et de l'adolescence* 137, 138.

Dans les situations de maltraitance ou de détresse où le Directeur de la protection de la jeunesse doit intervenir, il ne s'agit pas tant de se demander s'il y a une relation d'attachement, mais plutôt d'investiguer sur la qualité de cette relation¹³. Il faut donc s'assurer que les liens d'attachement de l'enfant sont de nature à le sécuriser plutôt qu'à le désorienter. En ce sens, l'objectif de stabilité et du maintien des liens significatifs s'inscrivent dans cette lignée, tout comme la création d'ententes de communication dans le cadre d'un certain type d'adoption ouverte et la possibilité d'établir une adoption sans rupture de filiation.

Il y a quinze ans, beaucoup d'intervenants dans le milieu de la protection de la jeunesse étaient peu familiers avec la notion de figure d'attachement¹⁴. Il y a dix ans, « l'approche milieu » était privilégiée, « c'est-à-dire avant tout un maintien de l'enfant dans la famille »¹⁵. Aujourd'hui, la prévalence de la théorie de l'attachement a fait dominer le principe de la permanence du projet de vie de l'enfant¹⁶. Dans son rapport, le comité d'experts qui a évalué le projet de révision de la *Loi sur la protection de la jeunesse* en 2003 s'est explicitement référé à cette théorie et à ses développements en ce qui concerne le maintien des liens significatifs et l'élaboration d'un projet de vie permanent pour chaque enfant¹⁷. De façon

13. *Id.*

14. Michel BERGER et Emmanuelle BONNEVILLE, « Théorie de l'attachement et protection de l'enfance au Québec », (2007) 175 *Dialogues* 49, 49 et 50.

15. *Id.*, 50. Notons toutefois que dès 1997, le cadre de référence « [e]n vue d'assurer à tout enfant un projet de vie permanent » était adopté par les directeurs de la protection de la jeunesse. Voir Geneviève TURCOTTE *et al.*, « Les enjeux de l'implantation des modifications à la LPJ touchant aux projets de vie : le point de vue des Centres jeunesse », Annexe 8 dans D. TURCOTTE, S. DRAPEAU, S. HÉLIE *et al.*, préc., note 5, à la p. 126 [G. TURCOTTE *et al.*, « Le point de vue des Centres jeunesse »].

16. « Le principe général est que tout enfant a le droit d'avoir un projet de vie, avec ses parents ou des substituts. Le terme « projet de vie » est défini comme le fait pour un enfant de pouvoir vivre dans une situation stable et permanente, en ayant à sa disposition un lieu d'appartenance et une personne significative avec laquelle il puisse nouer un lien d'attachement » : M. BERGER et E. BONNEVILLE, préc., note 14, p. 51.

17. MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, *La protection des enfants au Québec : une responsabilité à mieux partager*, Rapport du Comité d'experts

explicite, les modifications qui ont pris effet en 2007 se fondent sur cette théorie¹⁸. Les modifications prévues au régime d'adoption suivent les mêmes traces. Les quatre grands volets de la réforme sur l'adoption sont calqués sur les principes de la théorie de l'attachement, soit une valorisation des liens tissés dans les premiers mois et années de la vie de l'enfant et un souci de stabilité (pris en compte entre autres par la suggestion d'introduire la possibilité de déléguer l'autorité parentale à un tiers, simplifiant l'élaboration d'un projet de vie permanent pour l'enfant dans certains cas particuliers)¹⁹.

L'emploi de cette théorie comme fondement des récentes politiques publiques en matière de protection de l'enfance n'est toutefois pas sans critiques possibles. Bien qu'il s'agisse d'une théorie scientifique reconnue et largement acceptée dans l'ensemble des domaines socio-juridiques québécois, il est important de souligner qu'il est possible de formuler certaines critiques à son endroit. En effet, le contexte sociohistorique dans lequel la théorie de l'attachement a fait sa place est celui d'une hégémonie de la science et du positivisme qui, selon certains, limite la possibilité d'appréhender l'objet de connaissance dans toute sa complexité et surtout dans toutes ses possibilités²⁰. Employer des méthodes

-
- sur la révision de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, Québec, Publications du Québec, 2004, p. 30 et 96.
18. Voir Carmen LAVALLÉE (dir.), *Pour une adoption québécoise à la mesure de chaque enfant*, Rapport du groupe de travail sur le régime québécois de l'adoption, 30 mars 2007, p. 1, à la page 7 [*Rapport Lavallée*].
19. Lors d'une formation donnée dans certains Centres jeunesse du Québec par des spécialistes de la théorie de l'attachement, l'un des objectifs enseigné était de « permettre l'adoption d'un enfant si c'est ce qui est préférable suite à un délaissement parental prouvé », M. BERGER et E. BONNEVILLE, préc., note 14, 51.
20. Hélène TESSIER, « Quand la raison du plus fort continue à être la meilleure... De la domination d'une théorie à la violence institutionnelle : L'usage abusif des théories de l'attachement en protection de la jeunesse », (2006) 19-1 *Nouvelles pratiques sociales* 58, 69 : « Les théories de l'attachement, en postulant que les relations peuvent être réduites à des lois, qui peuvent certes être comprises, mais non pas dominées, nous convient à opter pour un modèle réifié des conduites humaines qui en occulte les possibilités de transformation. Aucune théorie ne naît en

scientifiques pour prédire les comportements humains est aujourd'hui la façon la plus répandue de concevoir la psychologie. Cette approche a toutefois certains détracteurs, pour lesquels les techniques qui servent à prédire les lois de la physique ou de la nature ne peuvent pas être intégralement reproduites dans l'étude du comportement humain, étant donné la différence majeure de nature entre les deux objets d'étude. En effet, si les phénomènes naturels relèvent d'une analyse de la causalité, la nature humaine possède la particularité du libre-arbitre, qui défie toute explication causale. Selon cette critique, s'appuyer sur les méthodes scientifiques pour étudier et tenter de prévoir le comportement humain est une négation de la nature même du potentiel humain. Bien sûr, on peut tenir compte des avancées en neuropsychologie pour tenter de mieux comprendre la psyché, cependant, il faut prendre garde à y voir des modèles explicatifs totalisants.

La professeure Hélène Tessier, entre autres, nous met en garde contre les dangers de s'appuyer sur une telle théorie « pour justifier l'adoption de règles juridiques à portée obligatoire qui limitent la discrétion judiciaire, empêchent toute contestation de la validité de la théorie et de son application à un cas particulier et fixent des délais arbitraires pour le placement à long terme ou l'adoption d'un enfant »²¹. La théorie de l'attachement, selon Tessier, est fondée sur des présupposés naturalistes et entraîne une forme de déterminisme qui prétend pouvoir prédire les comportements des individus en fonction de l'analyse que l'on en fait à un moment donné. Cette approche nierait donc, selon cette critique, la faculté humaine du libre-arbitre et la capacité de changement des comportements.

Alors que la professeure Tessier semble s'inquiéter de la rapidité avec laquelle on peut maintenant retirer l'enfant de sa famille biologique en vertu de la priorité dont jouit aujourd'hui la

dehors d'un contexte sociohistorique. Aucune théorie ne devient dominante en dehors des rapports de domination de la société dans laquelle elle s'élabore. Mais aucune théorie ne peut nous dire ce que nous voulons et ce que nous devons vouloir. ».

21. *Id.*, 59.

visée d'établir un projet de vie permanent pour l'enfant, d'autres critiques craignent plutôt la survalorisation de la famille biologique aux dépens des autres liens d'attachement que l'enfant peut développer. La domination de la théorie de l'attachement comme fondement de la protection de l'enfance fait craindre, pour certains, une prédominance non justifiée de la filiation biologique et des rapports entre enfants et parents biologiques, au risque de reléguer au second rang la filiation adoptive et les familles d'accueil. On redoute, entre autres, le fait de donner la priorité à la famille élargie dans la définition des personnes significatives ou, en matière d'adoption ouverte ou d'adoption sans rupture du lien de filiation, la création de parents de seconde classe en raison de la préservation des liens avec les parents biologiques. Cette critique voit dans l'adoption de la théorie de l'attachement comme fondement axiologique des choix en matière de protection de la jeunesse une extension de la priorité que semble avoir aujourd'hui la biologie sur la réalité sociale en matière de filiation.

Ces critiques étant plutôt marginales, elles sont surtout pertinentes parce qu'elles nous rappellent l'importance d'analyser les fondements axiologiques des réformes juridiques et sociales et nous incitent à tenter de mieux comprendre l'articulation entre la théorie et la pratique dans le domaine des politiques publiques. Nous les garderons donc à l'esprit tout au long de l'analyse des changements effectués et proposés en matière de protection de la jeunesse et d'adoption au Québec.

2. Les modifications à la *Loi sur la protection de la jeunesse* et leurs impacts

Quelques années après l'entrée en vigueur des dernières modifications à la *Loi sur la protection de la jeunesse* et au moment où le débat est entamé quant à l'avant-projet de loi réformant le régime d'adoption québécois, il est nécessaire de se questionner sur les changements effectués et proposés ainsi que sur leurs conséquences autant pratiques que théoriques. Nous évaluerons donc plus en détails les modifications à la *Loi sur la protection de la jeunesse* afin de comprendre, d'une part, les implications juridiques

qu'elles entraînent et, d'autre part, d'interroger la réception des intervenants et gestionnaires du réseau de la protection de la jeunesse. Nous serons ainsi plus à même de juger la pertinence des critiques de l'emploi de la théorie de l'attachement comme fondement aux politiques publiques en matière de protection de l'enfance. Trois grands axes de la réforme de 2006 ont été retenus pour l'analyse en raison de leur représentativité quant à l'importance accordée à la théorie de l'attachement²². Ces trois principes sont énoncés à l'article 4 de la *Loi*, qui est au cœur du chapitre II « Principes généraux et droits des enfants » et représente un des piliers de la *Loi sur la protection de la jeunesse*²³ : la permanence du projet de vie, la sauvegarde des liens significatifs et la place des parents.

2.1 La stabilité du milieu de vie : le projet de vie permanent

L'idée de stabilité du milieu de vie qui est prônée par la théorie de l'attachement a été traduite dans la réforme de la loi à travers l'apparition du nouveau concept de « projet de vie permanent ». Cet apport vient souligner l'importance, d'une part, de s'adapter au temps de l'enfant – plus l'enfant est jeune, plus l'instabilité de ses relations affectives l'affectera rapidement – et, d'autre part, tenter de mettre fin aux allers-retours des enfants dans différents milieux de vie, de manière à ce qu'ils puissent développer des liens d'attachement sécurisants. La notion de projet de vie permanent apparaît dans la loi dès l'article 4. La stabilité du milieu de vie était le principe premier de l'article dans la version antérieure de la *Loi*. La stabilité y était définie d'abord et avant tout

22. Pour un portrait moins orienté des modifications à la *Loi sur la protection de la jeunesse*, voir Jean-François CHAMPOUX, « Loi sur la protection de la jeunesse : coup d'œil sur le changement » dans *L'enfant : sujet ou objet de droit, qu'en est-il?*, Montréal, Yvon Blais, 2009.

23. *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q 2005, c. C-34.1, art. 4 [LPJ 2005]. L'article 4 de la version précédente énonce : « Toute décision prise en vertu de la présente loi doit tendre à maintenir l'enfant dans son milieu familial. Si, dans l'intérêt de l'enfant, un tel maintien ou le retour dans son milieu familial n'est pas possible, la décision doit tendre à lui assurer la continuité des soins et la stabilité des conditions de vie appropriées à ses besoins et à son âge et se rapprochant le plus d'un milieu familial normal ».

par le maintien de l'enfant dans le milieu familial, mais demeurerait un objectif dans le cas où ce maintien était impossible. Les modifications entrées en vigueur en 2007 conservent l'impératif de maintien dans le milieu familial lorsque c'est possible, mais apportent des précisions quant aux choix à faire, le cas échéant, concernant la continuité des soins et la stabilité des liens. On remarque à cet effet l'apparition, à la fin du troisième alinéa, de la précision « de façon permanente ». Ce faisant, le législateur a introduit le principe du projet de vie permanent, qui se retrouvera de façon plus détaillée dans des articles subséquents²⁴.

L'article 57, qui encadre la révision périodique des cas pris en charge par le Directeur de la protection de la jeunesse a aussi été modifié pour tenir compte de la notion de projet de vie permanent. Puisqu'il reprend les principes de l'article 4 dans le contexte de la révision des cas, des modifications similaires lui ont été apportées pour les cas où l'enfant ne peut pas retourner dans son milieu familial. En effet, alors que le texte antérieur exigeait que, dans de tels cas, le Directeur s'assure « que l'enfant bénéficie de conditions de vie appropriées à ses besoins et à son âge »²⁵, dans la version modifiée, le Directeur doit plutôt « s'assurer de la continuité des soins et de la stabilité des liens et des conditions de vie de cet enfant, appropriées à ses besoins et à son âge, *de façon permanente* » (nos italiques)²⁶.

Le projet de vie permanent a aussi donné lieu à la nouvelle section portant sur la tutelle, aux articles 70.1 à 70.6 de la *Loi*. Ces règles constituent une « adaptation des règles de la tutelle du *Code civil du Québec* à la situation des enfants ayant fait l'objet d'une

24. Notons que le projet de loi 125 prévoyait plutôt l'emploi de l'expression « à plus long terme » : *Loi modifiant la Loi sur la protection de la jeunesse et d'autres dispositions législatives*, projet de loi n°125, (présentation – 20 octobre 2005) 1^{re} sess., 37^e légis. (Qc), p. 6 [PL 125]. On pourrait avancer que le choix des termes « de façon permanente » impose une obligation plus lourde sur le Directeur de la protection de la jeunesse.

25. *LPJ 2005*, préc., note 23, art. 57.

26. *LPJ*, préc., note 1, art. 57. Encore une fois, le projet de loi 125 faisait usage des mots « à plus long terme » plutôt que « de façon permanente. *PL 125*, préc., note 24, p. 14.

décision de la Cour du Québec, chambre de la jeunesse »²⁷. En comparaison au régime de tutelle de droit commun énoncé dans le *Code civil du Québec*²⁸, les règles énoncées dans la *Loi* ont l'avantage de faciliter la mise en place d'un projet de vie permanent pour l'enfant lorsque sa situation est prise en charge par le Directeur de la protection de la jeunesse.

Enfin, le cœur de la réforme de la *Loi* quant au projet de vie permanent est l'ajout des articles 91.1 et 91.2, qui limitent les durées des ordonnances de mesures d'hébergement des enfants en fonction de leur âge. Cette modification a pour objectif de stabiliser la situation de l'enfant le plus rapidement possible, en tenant compte de l'effet du temps sur son développement affectif. Selon l'alinéa 1 de l'article 91.1, l'enfant ne peut donc pas être en hébergement pendant plus de 12 mois s'il a moins de deux ans au moment de l'ordonnance, 18 mois s'il est âgé de deux à cinq ans et 24 mois s'il est âgé de six ans et plus. L'article 91.2 fait une exception pour les enfants dont l'hébergement est dans un centre de réadaptation ou une famille d'accueil, en autant que l'ordonnance soit faite dans l'objectif d'assurer la stabilité des conditions de vie de l'enfant *de façon permanente*²⁹. La permanence du projet de vie apparaît donc clairement à l'article 92.1, tout comme d'ailleurs aux troisième et cinquième alinéas de l'article 91.1. Ces deux alinéas donnent au tribunal le pouvoir de faire une ordonnance « qui tend à assurer la continuité des soins et la stabilité des liens et des conditions de vie de cet enfant, appropriées

27. Johanne CARRIER, « *Commentaire sur la décision Dans la situation de : X., sub nom. Protection de la jeunesse – 092 - Requête en nomination d'un tuteur présentée par le directeur de la protection de la jeunesse en vertu des articles 70.1 et suivants de la Loi sur la protection de la jeunesse : création d'un nouveau régime juridique ou adaptation des règles de la tutelle prévues au Code civil du Québec à la situation des enfants sujets d'une décision de la Cour du Québec, chambre de la jeunesse?* », dans *Repères*, septembre 2009, (La Référence), EYB2009REP859, p.6.

28. C.c.Q., art. 177 et suiv.

29. Plus précisément, l'article 92.1 permet une exception dans l'application de l'article 91.1 dans les cas d'hébergement définis par l'article 91 au paragraphe *j* du premier alinéa : *LPJ*, préc., note 1, art 92.1.

à ses besoins et à son âge, de façon permanente »³⁰ dans les cas où la sécurité ou le développement de l'enfant sont compromis, soit à l'expiration des délais prévus au premier alinéa (al. 3) soit à l'intérieur de ces délais (al. 5).

L'interprétation de la notion de permanence peut porter à confusion. En effet, puisque la loi s'applique jusqu'à la majorité de l'enfant, l'ordonnance qui vise le projet de vie permanent devrait donc mener jusqu'à la majorité³¹. Durant les premières années suivant la réforme, une certaine jurisprudence a été plutôt portée à considérer que le pouvoir discrétionnaire du tribunal prévaut sur une interprétation rigide de la notion de « permanence »³². Cette position s'oppose à une lecture plus stricte pour laquelle, en raison de l'article 91.1 al. 3, le législateur n'a donné aucune discrétion au tribunal quand on s'adresse à lui « à l'expiration des délais prévus au premier alinéa »³³. Il doit rendre une ordonnance visant la stabilité des liens et la continuité des soins de façon permanente. La seule possibilité pour réviser la situation de l'enfant par la suite est donc de faire appel à l'article 95, qui stipule que « l'enfant, ses parents, le directeur et toute partie à l'instance peuvent demander au tribunal de réviser une décision ou une ordonnance, lorsque des faits nouveaux sont survenus depuis que celle-ci a été rendue »³⁴. La Cour d'appel est venue trancher le débat en 2011, en adoptant la première interprétation³⁵. Dans ce jugement, la Cour souligne que l'alinéa 4 de l'article 91.1 donne au tribunal un pouvoir discrétionnaire pour différents motifs, dont celui de l'intérêt de l'enfant. Ce faisant, elle assouplit un des pans majeurs de la réforme de la *Loi*.

30. *Id.*, art. 91.1 al. 3 et 5.

31. J.-F. CHAMPOUX, préc., note 22, p. 5; c'est l'opinion du juge André Sirois dans *Protection de la jeunesse — 08745*, 2008 QCCQ 7607, par. 40 (disponible sur CanLII).

32. Voir notamment la décision de la juge Danielle Richer dans *Protection de la jeunesse — 09224*, 2009 QCCS 1805 (disponible sur CanLII).

33. *LPJ*, préc., note 1, art. 91.1 al. 3. Voir *Protection de la jeunesse — 08745*, préc., note 31, par. 36.

34. *LPJ*, préc., note 1, art. 95.

35. *Protection de la jeunesse — 115308*, 2011 QCCA 2147 (disponible sur CanLII).

2.2 *Les impacts pratiques du projet de vie permanent*

De façon générale, ces nouvelles dispositions quant à la durée maximale de placement ont été bien reçues par les acteurs des Centres jeunesse. On peut constater, d'après les conclusions du rapport Turcotte faisant état de la réception des changements à *Loi* par les intervenants et gestionnaires du milieu de la protection de la jeunesse, que la théorie de l'attachement est largement acceptée et que les nouvelles mesures sont validées en grande partie en raison de l'importance de cette théorie : « Les délais constituent, selon eux, une actualisation concrète des théories de l'attachement et des besoins développementaux des enfants. Cette modification leur apparaît donc crédible, car fondée scientifiquement, tout en répondant à un besoin ressenti à l'«interne» relativement aux «ballottements» et «allées-retours» des enfants »³⁶. D'ailleurs, d'après les conclusions du bilan sur l'application de la *Loi*, les modifications à la loi qui concernent les projets de vie semblent entraîner une baisse réelle de l'instabilité vécue par les enfants³⁷.

Tel qu'on l'a vu plus haut, certains observateurs ont manifesté des craintes quant aux effets de telles mesures pour les parents. Ces observateurs jugent, en particulier, que les délais sont une mesure punitive pour les parents³⁸. L'opinion des usagers des services de protection de la jeunesse, c'est-à-dire l'opinion des parents, va dans le même sens : « Pour un père qui témoigne de la situation de son enfant, la loi actuelle est à la fois sévère envers la famille biologique à qui elle « enlève » les enfants trop rapidement et très « lousse » quand il s'agit d'évaluer les qualifications des familles

36. Sylvie DRAPEAU, Marie-Christine SAINT-JACQUES et Bernadette NGO NKOUTH, « Les dispositions de la LPJ relatives aux durées maximales d'hébergement », Annexe 7 dans D. TURCOTTE, S. DRAPEAU, S. HÉLIE *et al.*, préc., note 5, p. 107. Les auteurs notent toutefois que dans le milieu autochtone, l'accueil de ces mesures est plus mitigé : *id.*, p. 109. Voir aussi G. TURCOTTE *et al.*, « Le point de vue des centre jeunesse », préc., note 1515, p. 127.

37. Sonia HÉLIE *et al.*, « L'impact de la nouvelle LPJ sur l'instabilité des enfants placés », Annexe 15 dans D. TURCOTTE, S. DRAPEAU, S. HÉLIE *et al.*, préc., note 5, p. 304.

38. H. TESSIER, préc., note 20, p. 39.

d'accueil »³⁹. À l'opposé, les familles d'accueil trouvent les délais encore trop longs et estiment que les modifications à la *Loi* n'entraînent pas de changements concrets⁴⁰. En revanche, la plupart des intervenants jugent que les nouvelles mesures ont des effets positifs pour les parents « *car ça cadre l'intervention, impose des limites et leur montre que c'est l'intérêt de l'enfant qui prime* »⁴¹.

Si les acteurs des Centres jeunesse s'entendent sur les principes qui sous-tendent ces modifications, leur application, quant à elle, est plus controversée. « Trois préoccupations émergent de leurs discours : 1) la collaboration avec le système judiciaire; 2) la sensibilité à la diversité des situations; 3) les obstacles liés à l'organisation de services »⁴². La lenteur du système judiciaire provoque des résultats à contre-courant des objectifs promus par la *Loi*, puisque les délais courent seulement à partir de l'ordonnance mais que les causes sont souvent reportées à maintes reprises⁴³. Il faut dire aussi que les délais d'hébergement en eux-mêmes impliquent un danger d'alourdissement des processus, puisqu'en redéfinissant les pouvoirs du « judiciaire » et du « clinique », ils peuvent créer une multiplication des cas judiciairisés.

La préoccupation relative à la diversité des situations reflète la critique formulée par Tessier sur l'emploi de la théorie de l'attachement pour justifier des mesures qui limitent la discrétion judiciaire. En effet, d'après les acteurs des Centres jeunesse, les durées maximales d'hébergement joueraient un rôle positif auprès des parents « structurés et matures », mais seraient préjudiciables aux parents qui ont des problèmes graves, complexes et/ou

39. S. DRAPEAU, M.-C. SAINT-JACQUES et B. NGO NKOUTH, préc., note 36, p. 109.

40. *Id.*

41. *Id.*, p. 107 et 108 (citation d'un répondant à une des entrevues de recherche dans les Centres jeunesse).

42. *Id.*, p. 110.

43. *Id.* : L'augmentation des demandes de contre-expertises est aussi vue comme un alourdissement des procédures judiciaires. Voir G. TURCOTTE *et al.*, « Le point de vue des Centres jeunesse », préc., note 15, p. 157. Les répondants au rapport sont toutefois conscients qu'il faut un certain temps au système judiciaire comme aux autres acteurs pour s'adapter aux nouveautés de la *Loi*.

chroniques. Une étude bilan sur les effets des modifications rapporte le témoignage d'un père qui considère irréaliste le délai d'un an qui lui est accordé pour régler un problème de toxicomanie. Selon d'autres répondants de cette étude, le délai, au lieu d'agir comme un catalyseur dans les cas plus lourds, tend à immobiliser le parent plutôt qu'à le faire évoluer⁴⁴. Par ailleurs, les délais maximaux d'hébergement mettent aussi beaucoup de pression sur les acteurs mêmes des Centres jeunesse en imposant « une cadence rapide à des actes qui requièrent un grand doigté »⁴⁵. En ce sens, le manque de ressources humaines et familiales est aussi un enjeu crucial dans l'application des nouvelles provisions de la *Loi*.

2.3 *Le maintien des liens significatifs*

Une autre grande nouveauté de la nouvelle *Loi sur la protection de la jeunesse* est l'apparition à plusieurs endroits de la notion de « liens significatifs ». Toujours sous l'influence de la théorie de l'attachement, le principe de maintien des liens significatifs s'ancre dans un souci de ne pas perturber les liens d'attachement sécurisants de l'enfant. Cependant, d'autres considérations entrent en jeu dont, entre autres, la préservation de l'héritage culturel. Par ailleurs, la définition même des liens significatifs pose un problème majeur. S'agit-il des liens avec la famille biologique de l'enfant ou de liens moins spécifiques? Comment évaluer la qualité de ces liens? Généralement, la famille biologique est celle qui semble être visée par cette expression. Les placements d'enfants dans la famille élargie sont donc la conséquence la plus directe de cette nouvelle directive.

L'apparition de la notion de « liens significatifs » parmi les principes généraux énoncés à l'article 4 de la *Loi* montre tout le poids que le législateur a voulu lui donner. Il faut toutefois préciser

44. Le rapport fait mention en outre du rythme naturel plus lent dans les communautés autochtones qui ne peut pas être respecté en raison des délais prévus par la *Loi*. S. DRAPEAU, M.-C. SAINT-JACQUES et B. NGO NKOUTH, préc., note 36, p. 113.

45. *Id.*, p. 116. Voir aussi G. TURCOTTE *et al.*, « Le point de vue des Centres jeunesse », préc., note 15, p. 140.

que les tribunaux subordonnent généralement l'article 4 à l'article 3 de la *Loi*, c'est-à-dire que l'intérêt de l'enfant reste le principe fondamental qui, en cas de conflit, l'emporte sur les principes énoncés à l'article 4⁴⁶. La modification de l'article 4 demeure néanmoins un changement majeur dans la *Loi*, puisqu'elle oblige les intervenants à d'abord se tourner vers les liens significatifs lors de l'élaboration du projet de vie de l'enfant. On peut lire, à l'alinéa 2 :

Lorsque, dans l'intérêt de l'enfant, un tel maintien dans son milieu familial n'est pas possible, la décision doit tendre à lui assurer, dans la mesure du possible auprès des personnes qui lui sont les plus significatives, notamment les grands-parents et les autres membres de la famille élargie, la continuité des soins et la stabilité des liens et des conditions de vie appropriées à ses besoins et à son âge et se rapprochant le plus d'un milieu familial [...]

La définition des liens significatifs porte à confusion. Au premier abord, il semble clair dès cette première mention des liens significatifs dans la *Loi* qu'on entend par ce terme d'abord et avant tout les liens avec la famille biologique, étant donné la mention explicite des grands-parents et des membres de la famille élargie. Il semble toutefois que cette interprétation ne soit pas monolithique et que les tribunaux ne reconnaissent pas automatiquement la famille biologique comme partie de ces « liens significatifs »⁴⁷.

46. Selon le juge Gilbert Lanthier dans *Protection de la jeunesse - 0856*, préc., note 4646, par. 88 et 96 : « L'article 4 n'est qu'un sous-critère de l'article 3, c'est-à-dire que le recours au milieu naturel n'est applicable que s'il peut satisfaire un critère premier de l'article 4, soit celui de l'intérêt de l'enfant [...] Le Tribunal considère donc que les dispositions des articles 3 et 4 forment un tout et qu'il se doit de les examiner et de les lire dans leur ensemble en se servant de la notion de l'intérêt de l'enfant tel un prisme que le guidera dans la détermination du milieu de vie le plus approprié pour cet enfant ».

47. Voir *Protection de la jeunesse — 101775*, 2010 QCCQ 14081, par. 125 et 126 (disponible sur CanLII), confirmé en appel à la Cour supérieure : *Protection de la jeunesse — 111431*, 2011 QCCS 2599 (disponible sur CanLII).

Le terme « liens significatifs » est apparu dans différents contextes de la *Loi*, entre autres à l'article 62 portant sur les ordonnances d'hébergement obligatoire, où deux nouveaux alinéas ont été ajoutés. Le quatrième et avant-dernier alinéa autorise dorénavant « des séjours d'au plus 15 jours chez le père ou la mère de l'enfant, chez une personne significative, notamment les grands-parents et les autres membres de la famille élargie, ou en famille d'accueil » lors des hébergements obligatoires, si l'intérêt de l'enfant le commande. Le cinquième et dernier alinéa autorise des séjours prolongés aux mêmes endroits en vue de préparer le retour de l'enfant dans son milieu. Dans les deux cas, on constate qu'il y a une volonté de préserver les liens significatifs que l'enfant entretient avec sa famille d'origine, même dans les situations d'hébergement obligatoire.

Par ailleurs, parmi les nouvelles règles sur la tutelle apparues dans la nouvelle mouture de la *Loi*, l'article 70.6 permet au tribunal de « prévoir les modalités du maintien des relations de l'enfant avec ses parents, grands-parents ou toute autre personne »⁴⁸. Le souci de préserver les liens de l'enfant avec sa famille d'origine existe donc aussi dans le contexte de la tutelle, qui apparaît ainsi comme un moyen à la fois de stabilité mais aussi de préservation des liens significatifs. En ce sens, les règles concernant la tutelle sont typiquement à l'image des objectifs généraux de la nouvelle *Loi*.

Enfin, le législateur donne au tribunal la capacité d'ordonner plusieurs mesures dans une seule et même ordonnance, de manière à permettre au tribunal de tenir compte des relations significatives pour l'enfant. Ainsi, le nouvel alinéa 3 de l'article 91 donne entre autres explicitement au tribunal le pouvoir d'« autoriser le maintien des relations personnelles de l'enfant avec ses parents, ses grands-parents ou une autre personne »⁴⁹. Il semble donc que le législateur ait voulu que le tribunal puisse s'assurer que l'objectif de maintien

48. J.-F. CHAMPOUX, préc., note 2222, p. 8.

49. *LPJ*, préc., note 1, art. 91 al. 3.

des liens significatifs soit atteint dans tous les cas où l'intérêt de l'enfant le commande.

2.4 Les impacts pratiques de l'obligation de maintien des liens significatifs

Bien que la pratique d'avoir recours au réseau informel d'un enfant ne soit pas nouvelle pour les Centres jeunesse, la dimension prescriptive introduite par les modifications à *Loi* change de façon significative les façons de faire des gestionnaires et intervenants⁵⁰. Elle les oblige à faire des recherches systématiques afin de vérifier s'il y a des ressources potentielles dans l'entourage de l'enfant. Sur le plan pratique, c'est une mesure qui est très lourde dans l'application puisqu'elle nécessite l'implication d'un plus grand nombre de personnes et donc « plus de personnes à évaluer, à impliquer [...] et à accompagner »⁵¹. Par ailleurs, selon une étude auprès des intervenants, « le travail auprès de ces familles exige plus de temps et s'avère plus difficile que le travail auprès des familles d'accueil régulières »⁵², en raison de leur vulnérabilité (découlant de leur statut socioéconomique ou de leur âge, lorsqu'il s'agit de grands-parents), de leur moins bonne connaissance du système de services sociaux et judiciaires et de la complexité des dynamiques familiales. Entre autres, le placement auprès d'un membre de la famille élargie peut entraîner des conflits de loyauté et une grande difficulté à superviser les contacts entre l'enfant et le parent⁵³.

50. Geneviève TURCOTTE *et al.*, « L'implantation des modifications à la LPJ : le recours au placement chez une personne significative », Annexe 10 dans D. TURCOTTE, S. DRAPEAU, S. HÉLIE *et al.*, préc., note 5, p. 172 [G. TURCOTTE *et al.*, « Le recours au placement chez une personne significative »].

51. *Id.*, p. 174.

52. *Id.*, p. 175.

53. Dans une situation où un enfant est retiré de son milieu familial, la famille élargie n'est souvent pas neutre face à la situation et il est difficile de leur demander de l'être. La gestion des contacts entre les parents et l'enfant devient donc très complexe à superviser pour les intervenants, entre autres à cause du lien que le parent entretient avec sa famille élargie.

C'est par ailleurs un grand défi que d'essayer de concilier les impératifs de maintien des liens significatifs et de permanence du projet de vie. Bien que les placements d'enfants dans leur réseau informel ne soient pas soumis aux délais maximaux prévus à l'article 91.1, les intervenants conservent le souci de respecter l'objectif de permanence énoncé à l'article 4. Or, traditionnellement, les milieux informels étaient généralement considérés pour des placements à court ou moyen terme plutôt qu'à long terme⁵⁴. En ce sens, l'apparition de la tutelle subventionnée dans les nouvelles provisions sur la tutelle est un outil particulièrement important pour la conjugaison de ces deux grands principes de maintien des liens significatifs et de permanence⁵⁵.

De manière générale, l'obligation d'avoir recours aux personnes significatives dans les cas où c'est possible a été reçue de manière mitigée par les intervenants⁵⁶. Une des critiques formulée est la crainte d'une application mécanique du principe. Certains intervenants y voient un principe qui diminue l'importance accordée à l'intérêt de l'enfant⁵⁷. Deux grandes préoccupations sont identifiées par les chercheurs qui font le bilan de l'implantation des mesures : d'une part, des craintes par rapport au bien-être de l'enfant en raison de « l'âge des parents, [de] l'hypothèse d'une transmission intergénérationnelle de la maltraitance, [de] la complexité de la dynamique familiale et [d]es enjeux de filiation et d'identité » et, d'autre part, « l'absence de normes de pratique pour encadrer le processus de décision »⁵⁸. Par ailleurs, une des difficultés centrales d'application du principe de privilégier les liens significatifs est la question de la définition de la notion de personne

54. G. TURCOTTE *et al.*, « Le recours au placement chez une personne significative », préc., note 50, p.174.

55. *Id.*; LPJ, préc., note 1, art. 70.3.

56. Exception faite des milieux autochtones, où elle a été reçue beaucoup plus positivement. On comprendra qu'une des raisons qui justifie le recours aux personnes significatives est la préservation de l'héritage culturel et que cette dimension a une importance fondamentale dans les communautés autochtones. Voir G. TURCOTTE *et al.*, « Le recours au placement chez une personne significative », préc., note 50, p. 180 à 182.

57. *Id.*, p. 177.

58. *Id.*, p. 178.

significative. Bien souvent, le terme est employé de façon interchangeable avec celui de famille naturelle ou famille élargie. Nous y reviendrons dans la dernière partie de ce texte, mais il y a probablement un biais discutable dans l'équation entre lien significatif et famille naturelle. On peut constater qu'il s'agit encore une fois d'une manifestation d'une tendance à survaloriser la famille biologique, autant sur le plan social que judiciaire, peut-être au détriment d'une conception moins chargée de l'intérêt de l'enfant.

2.5 *L'apparition de droits pour les parents*

Étant donné la primauté de l'objectif de maintien de l'enfant dans son milieu de vie quand c'est possible de le faire, une des conclusions qui découle de l'adoption d'une conception relationnelle de l'enfant est l'importance, pour son bien-être, de donner le plus de support possible à ses parents. Les modifications à la *Loi sur la protection de la jeunesse* créent une ouverture très intéressante par rapport à la reconnaissance de droits positifs pour les parents. Il ne s'agit pas ici de droits qui pourraient s'opposer à l'intérêt de l'enfant, mais plutôt de l'explicitation de certaines obligations qu'a l'État face au parent en difficulté. Dans le même esprit, les changements à la *Loi* laissent apparaître une volonté de privilégier les approches consensuelles et l'implication des parents dans les prises de décisions.

Ce changement apparaît entre autres dans l'article 2.3 de la *Loi*. Malgré tout, si la rédaction de l'article 2.3 est différente de la version précédente, la substance n'en est pas changée. L'article avait déjà été modifié lors de la réforme de 1994 pour y inclure explicitement la participation des parents à la résolution des problèmes qui suscitent l'intervention en raison de la *Loi*. Il est intéressant de noter toutefois que le projet de loi 125 prévoyait un processus de « conciliation ou tout mode analogue d'ententes consensuelles » pour permettre aux parents et aux enfants de s'impliquer dans la prise de décision⁵⁹. Cette proposition a été

59. *PL 125, préc.*, note 24, p. 5.

retirée de la version finale de la *Loi* en raison du flou juridique qui entourait la notion de conciliation, mais le législateur conserve l'idée de mettre en œuvre des moyens pour permettre la participation entre autres des parents aux prises de décision⁶⁰.

De plus, parmi les grands principes d'action énoncés à l'article 4 se retrouve maintenant, au dernier alinéa, un principe d'implication des parents : « De plus, l'implication des parents doit toujours être favorisée dans la perspective de les amener et de les aider à exercer leurs responsabilités parentales »⁶¹. Placée aux côtés des principes de primauté des liens significatifs et de permanence du projet de vie, la présence de cette phrase fait de la participation des parents un principe directeur de la *Loi*.

La favorisation de l'implication des parents apparaît aussi dans l'énumération des droits des usagers du système de protection. L'article 8 fait la liste des droits positifs des enfants en matière d'accès à l'éducation et aux ressources des services sociaux. La nouvelle formulation de l'article se décline en trois alinéas. Le premier se concentre sur le droit à la prestation de services sociaux et inclut les parents au même titre que les enfants. Le deuxième établit le droit à l'éducation pour l'enfant. Enfin, le troisième donne le droit à l'enfant, comme au parent, « le droit d'être accompagnés et assistés par une personne de leur choix lorsqu'ils désirent obtenir des informations ou lorsqu'ils rencontrent le directeur ou toute personne qu'il autorise »⁶².

Enfin, l'implication des parents dans la prise de décision est concrétisée dans l'article 51 portant sur le pouvoir du Directeur de la protection de la jeunesse de prendre en charge la situation d'un enfant. En effet, le Directeur doit maintenant privilégier, selon les circonstances, la participation des parents et de l'enfant avant de

60. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des affaires sociales*, 2^e sess., 37^e légis., vol. 39, n° 1, 14 mars 2006 au 21 février 2007, « Étude détaillée du projet de loi n° 125 - Loi modifiant la Loi sur la protection de la jeunesse et d'autres dispositions législatives ».

61. *LPJ*, préc., note 1, art. 4 al. 2.

62. *LPJ*, préc., note 1, art. 8.

proposer l'application de mesures volontaires ou de saisir le tribunal. Cet article place les parents au cœur du processus d'intervention.

2. 6 Les impacts pratiques des nouveaux droits des parents

L'apparition des durées de placement limitées à l'article 91.1 intensifie les services que les intervenants doivent apporter aux parents, puisque limiter le temps où l'enfant est hébergé signifie aussi limiter le temps dont dispose le système de services sociaux pour aider les parents à modifier la situation. Par ailleurs, les délais ne correspondent pas toujours aux offres faites par les autres points de service (comme les CSSS, par exemple). À ce sujet, le manque criant de ressources, surtout en région, devient un obstacle majeur à la possibilité que le parent puisse faire les démarches nécessaires pour obtenir l'aide dont il a besoin dans les limites de temps prescrits par la *Loi*⁶³.

3. Les propositions de modifications au régime d'adoption québécois

Le dépôt de l'*Avant-projet de loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale* en 2009 se fondait exactement sur les mêmes principes que les dernières modifications à la *Loi sur la protection de la jeunesse*, c'est-à-dire, en grande partie sur la théorie de l'attachement⁶⁴. En ce sens, l'adoption de ces modifications serait une étape de plus dans la reconnaissance de l'importance des liens d'attachement de l'enfant pour son développement et son épanouissement. Bien que les projets de loi subséquents aient écarté certaines propositions mises de l'avant dans l'avant-projet de loi, notamment celle d'un régime permettant des adoptions ouvertes, les projets de lois démontrent une continuité dans

63. Voir Sylvie MOISAN, « L'offre de service aux parents : la concertation de multiples acteurs », Annexe 9 dans D. TURCOTTE, S. DRAPEAU, S. HÉLIE *et al.*, préc., note 5, p. 167.

64. *Rapport Lavallée*, préc., note 18, p. 24; *Avant-projet de loi sur l'adoption*, préc., note 4.

l'objectif d'arrimer le régime québécois d'adoption à la conception actuelle des besoins de l'enfant. Une analyse des propositions annoncées dans l'avant-projet de loi ainsi que dans les projets de loi, au regard entre autres des réactions des acteurs de différents groupes étant intervenus dans les débats, nous permettra de compléter notre compréhension de la transformation de la conception de l'enfant qui semble s'opérer dans le régime juridique québécois.

3.1 L'adoption sans rupture du lien de filiation

Le projet de loi 47 sur l'adoption (2013), propose que le premier alinéa de l'article 548 C.c.Q. se lise désormais comme suit :

Les consentements à l'adoption prévus aux articles 549 à 555 sont donnés, soit en vue d'une adoption qui a pour effet de rompre le lien de filiation entre l'enfant et son parent, soit en vue d'une telle adoption assortie d'une reconnaissance formelle de ce lien, soit indifféremment en vue de l'une ou l'autre.

Il proposerait donc d'introduire une alternative à l'adoption plénière, soit l'adoption sans rupture du lien de filiation. Dans ce type d'adoption, l'acte de naissance de l'enfant aurait conservé sa filiation d'origine, tout en y ajoutant sa filiation adoptive. Les parents adoptifs seront les seuls titulaires de l'autorité parentale, mais les parents d'origine conserveront une obligation alimentaire subsidiaire par rapport à l'enfant⁶⁵. Cette proposition de modifications s'appuie entre autres sur le constat, formulé dans le mémoire déposé par l'Ordre des psychologues du Québec, « que les enfants confiés à l'adoption ne sont plus les mêmes, puisqu'il se trouve parmi eux de moins en moins de bébés naissants et de plus en plus d'enfants qui ont connu leurs parents d'origine » et que « certains enfants subissent un préjudice lorsqu'est prononcée une adoption plénière impliquant la rupture d'une relation significative

65. *Rapport Lavallée*, préc., note 18, p. 15.

avec le ou les parents d'origine »⁶⁶. L'adoption sans rupture du lien de filiation s'appliquerait donc entre autres dans les cas où l'enfant est plus âgé, a connu ses parents d'origine et ressent un lien d'attachement envers eux qu'il serait préjudiciable de rompre totalement⁶⁷.

Dans le projet de loi 47, c'est la modification de l'article 577 C.c.Q. qui vient baliser la coexistence des liens de filiation biologiques et adoptifs dans le cas d'une adoption sans rupture du lien⁶⁸. On peut constater que le projet de loi a précisé ici les modalités de la coexistence des liens de parentalité là où l'avant-projet de loi de 2009 était quelque peu ambigu. En effet, le troisième alinéa du nouvel article 577 C.c.Q. viendrait préciser que « [l]'adopté cesse d'appartenir à sa famille d'origine, quoiqu'il puisse y avoir une reconnaissance formelle de ses liens préexistants de filiation et sous réserve des empêchements de mariage ou d'union civile. » On peut supposer qu'il s'agit ici de hiérarchiser les deux types de liens de filiation qui peuvent coexister, en affirmant la primauté du lien de filiation adoptif. Toutefois, l'abrogation proposée de l'article 579 C.c.Q., qui jusqu'à maintenant établit la fin des effets de la filiation précédente lors de l'adoption, semble laisser un vide quant à l'interprétation de l'effet qu'aura la préservation de la reconnaissance du lien de filiation préexistant à l'adoption.

66. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, Consultation générale et auditions publiques sur l'avant-projet de loi intitulé *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*, Commission des Institutions, 1^{ère} sess., 39^e légis., 8 janvier 2010, « *Avant-projet de loi intitulé Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale* », mémoire de l'Ordre des psychologues du Québec [*Mémoire de l'OPQ*].

67. La modification proposée à l'article 573 de l'avant-projet de loi explique que l'adoption sans rupture de filiation pourrait être appliquée « notamment, dans les cas d'adoption d'un enfant plus âgé, d'adoption par le conjoint du père ou de la mère de l'enfant ou d'adoption par un ascendant de l'enfant, un parent en ligne collatérale jusqu'au troisième degré ou par le conjoint de cet ascendant ou parent », *Avant-projet de loi sur l'adoption*, préc., note 4, p. 7. Ces spécifications n'ont pas survécu aux projets de loi subséquents.

68. *PL 47*, préc., note 2.

L'introduction de cette nouvelle forme d'adoption est la mesure la plus controversée du nouveau régime, puisqu'elle ébranle le régime monolithique d'adoption plénière en place. Bien que les principes qui la sous-tendent semblent faire l'unanimité parmi les groupes qui se sont prononcés sur l'avant-projet (les associations de familles, de travailleurs sociaux, de psychologues), les règles telles que proposées et les modalités d'application soulèvent de nombreuses inquiétudes. Dans les consultations suivant le dépôt de l'avant-projet de loi, il est devenu évident que bien que certains groupes souhaitent que ce type d'adoption devienne la règle plutôt que l'exception⁶⁹, pour la plupart des spécialistes, il serait important d'affirmer plus clairement la primauté de l'adoption plénière et le caractère exceptionnel de l'adoption sans rupture du lien de filiation⁷⁰. C'est en réponse à ces opinions que les projets de lois subséquents ont tenté de clarifier la prédominance du lien d'adoption même lorsqu'il y aura survie du lien de filiation biologique.

Par ailleurs, de concert avec le Conseil de la famille et de l'enfance du Québec, l'Ordre des psychologues s'est questionné sur la proposition, dans l'avant-projet de loi, de maintenir une

69. C'est le cas de la Confédération des organismes familiaux du Québec. Voir QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, Consultation générale et auditions publiques sur l'avant-projet de loi intitulé Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale, Commission des Institutions, 1^{ère} sess., 39^e légis., novembre 2009, « *Mémoire sur l'avant-projet de loi intitulé Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale* », mémoire de la Confédération des organismes familiaux du Québec, p. 12.

70. Voir *Mémoire de l'OPQ*, préc., note 66, p. 4. Pour les Centres jeunesse, il est important que ce nouveau type d'adoption soit réservé à des situations spécifiques où l'enfant est plus âgé : voir QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, Consultation générale et auditions publiques sur l'avant-projet de loi intitulé Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale, Commission des Institutions, 1^{ère} sess., 39^e légis., novembre 2009, « *Mémoire sur l'avant-projet de loi intitulé Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale* », mémoire de l'Association des Centres jeunesse du Québec, p. 4 [*Mémoire des Centres jeunesse*].

obligation alimentaire subsidiaire pour les parents d'origine⁷¹. En effet, il est difficile de comprendre la raison de la subsistance de cet attribut de l'autorité parentale et on peut comprendre les craintes qu'elle suscite. Outre la difficulté d'application (que faire lorsque l'adoption sans rupture de filiation n'est pas couplée d'une entente de communication? comment répartir l'obligation quand les parents d'origine sont séparés?), la mesure semblait aller à l'encontre de la nature même de l'adoption, qui suppose que les adoptants seuls veillent sur l'intérêt de l'enfant⁷². Cette proposition a donc été abandonnée par les projets de loi.

Enfin, suite à l'avant-projet de loi, l'Ordre des psychologues du Québec ainsi que l'Ordre des travailleurs sociaux et des thérapeutes conjugaux et familiaux du Québec ont demandé que l'évaluation psychosociale avant l'adoption afin de déterminer le type d'adoption le plus adapté à la situation soit systématisée⁷³. Ces derniers soulignaient par ailleurs le flou entourant le critère de l'âge pour déterminer la pertinence de choisir une adoption sans rupture du lien de filiation⁷⁴. Les projets de loi qui ont suivi imposent une évaluation psychosociale des adoptants au nouvel article 547.1

71. *Id.*, p. 11 et 12; QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, Consultation générale et auditions publiques sur l'avant-projet de loi intitulé Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale, Commission des Institutions, 1^{ère} sess., 39^e légis., janvier 2010, « *Mémoire sur l'avant-projet de loi intitulé Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale* », mémoire du Conseil de la famille et de l'enfance du Québec, p. 21-22.

72. *Mémoire de l'OPQ*, préc., note 66, p. 12.

73. C'est ici l'arbitraire du pouvoir judiciaire qui semble être remis en cause : *id.*, p. 5; QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, Consultation générale et auditions publiques sur l'avant-projet de loi intitulé Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale, Commission des Institutions, 1^{ère} sess., 39^e légis., novembre 2009, « *Mémoire sur l'avant-projet de loi intitulé Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale* », mémoire de l'Ordre des travailleurs sociaux et des thérapeutes conjugaux et familiaux du Québec, p. 7 [*Mémoire de l'OTSTCF*].

74. *Id.* : « Il faut en effet savoir que l'âge de l'enfant n'a que peu d'incidence sur l'opportunité de maintenir ou non un lien avec les parents d'origine ».

C.c.Q.⁷⁵. Si elle ne systématise pas l'évaluation psychosociale de l'adopté, elle donne au Directeur de la protection de la jeunesse l'obligation de donner son avis sur la reconnaissance du lien préexistant de filiation en fonction de l'intérêt de l'enfant, par l'introduction du nouvel article 71.0.2 (al. 2) *LPJ*⁷⁶.

3.2 *L'adoption ouverte ou les ententes de communication*

L'adoption ouverte faisait partie des options proposées dans l'avant-projet de loi déposée par la ministre Weil en 2009⁷⁷. Elle a été substantiellement modifiée dès le premier projet de loi déposée en 2012⁷⁸. Distincte de l'adoption sans rupture des liens de filiation⁷⁹, l'adoption ouverte fait référence à la possibilité, proposée dans l'avant-projet de loi, d'établir une entente de communication entre les parents d'origine et les adoptants afin que l'enfant garde un certain contact avec ses parents biologiques, que ce soit par l'échange d'informations, par l'échange de lettres ou de photos ou même par des rencontres. Ces ententes seraient permises en vertu d'une nouvelle section dans le Code civil après l'article 581 intitulée « De l'entente de communication »⁸⁰. Il s'agit donc encore une fois d'un moyen pour éviter les ruptures abruptes du lien d'attachement entre l'enfant et ses parents d'origine, lorsque c'est nécessaire. Selon le rapport Lavallée, c'est aussi une façon de permettre à l'enfant de construire son identité sur des bases solides en ayant les moyens de comprendre les motifs de son adoption et de ne pas simplement le vivre comme un rejet⁸¹.

Par ailleurs, un des motifs sous-jacents à cette proposition est d'augmenter le nombre de consentements à l'adoption en tentant de diminuer les stigmates qui lui sont associés⁸². Or, le

75. *PL 47*, préc., note 2, p. 10.

76. *Id.*, p. 21.

77. *Avant-projet de loi sur l'adoption*, préc., note 4.

78. *PL 81*, préc., note 2.

79. Elle pourrait toutefois lui être couplée.

80. *PL 47*, préc., note 2, p. 15.

81. *Rapport Lavallée*, préc., note 18, p. 36.

82. *Mémoire des Centres jeunesse*, préc., note 7070, p. 9.

principal bémol apporté à la proposition qui avait été initialement faite dans l'avant-projet de loi est de s'assurer que les consentements à l'adoption ne puissent pas être conditionnels à l'existence d'une entente de communication, en vertu du deuxième alinéa de l'article 548 C.c.Q. tel que proposé dans le projet de loi 47⁸³.

Ces ententes impliquent des considérations très complexes au niveau psychologique, nécessitant, selon certains intervenants dans le débat⁸⁴, un suivi par un professionnel et, entre autres, une évaluation psychosociale précédant l'entente, afin de déterminer la qualité du lien d'attachement. Il ne faut pas oublier que la théorie de l'attachement ne stipule pas simplement qu'il faut protéger les liens d'attachement à tout prix, mais bien plutôt que l'enfant doit développer un lien d'attachement sécurisant. Dans le cas d'un enfant qui a été victime d'abus par exemple, il est possible qu'il ait toujours un attachement au parent d'origine, mais qu'il ait des attentes irréalistes quant à l'attention que celui-ci peut lui porter, ou qu'il revive certains traumatismes lors des communications⁸⁵. Par ailleurs, on a reproché à l'avant-projet de loi de ne pas spécifier assez clairement que les ententes de communication doivent être faites d'abord et avant tout dans l'intérêt de l'enfant⁸⁶. Dans le projet de loi 47, il est spécifié que l'entente doit être faite dans l'intérêt de l'enfant⁸⁷. Des réserves sont aussi exprimées par rapport à la judiciarisation des rapports que pourrait entraîner de telles ententes. Une telle tendance irait à l'encontre de la nature consensuelle qui devrait être le propre d'une entente de communication⁸⁸. On voit donc que le maintien de certains liens avec les parents d'origine reste un sujet extrêmement délicat et que, bien que les ententes de communication puissent répondre à un

83. PL 47, préc., note 2, p. 10.

84. *Mémoire de l'OTSTCF*, préc., note 73.

85. *Id.*, p. 9.

86. *Mémoire des Centres jeunesse*, préc., note 70, p. 9. L'Ordre des psychologues du Québec propose entre autres que les parents adoptants puissent se retirer unilatéralement de l'entente s'ils jugent qu'elle va à l'encontre de l'intérêt de l'enfant, *Mémoire de l'OPQ*, préc., note 66, p. 10.

87. PL 47, préc., note 2, p. 15 (nouvel article 581.1 al. 2 C.c.Q.).

88. *Id.*; *Mémoire des Centres jeunesse*, préc., note 70, p. 9.

besoin, elles doivent être sujettes à caution afin de s'assurer qu'elles répondent bien à l'intérêt de l'enfant.

3.3 *L'assouplissement des règles de confidentialité*

Dans la même veine que les deux grands changements précédents, l'assouplissement des règles de confidentialité entourant l'adoption est une autre mesure qui permet d'entrevoir l'adoption avec une certaine souplesse et rompt avec la culture de la rupture et du secret qui prévaut depuis des décennies. Selon projet de loi 47, l'article 583 C.c.Q. serait remplacé et suivi d'une série d'articles donnant à l'adopté d'avoir accès aux informations sur son adoption, dans le but de faciliter la recherche de renseignements sur les parents d'origine par les enfants adoptés. Inversement, les parents d'origine seraient en mesure d'avoir accès à des renseignements leur permettant d'identifier ou de retrouver leur enfant adopté une fois que celui-ci est majeur⁸⁹.

Ces règles d'ouverture sont tempérées par l'ajout d'un veto qui peut être donné soit par les parents d'origine ou par l'enfant adopté (lorsqu'il est informé de son statut d'adopté). Le veto est maintenu pendant l'année qui suit le décès de son auteur. La justification principale donnée à ces mesures est l'importance pour l'adopté de connaître ses origines, du moins s'il en ressent le besoin, afin de pouvoir mieux forger son identité. Selon l'Ordre des psychologues du Québec, « il y a un consensus clinique voulant que la connaissance de ses origines contribue au développement de l'identité »⁹⁰. Ce constat avait amené l'Ordre à proposer que les changements qui avaient été suggérés dans l'avant-projet aillent plus loin. Entre autres, il suggère que la « loi devrait prévoir qu'en toutes circonstances la personne adoptée puisse avoir accès à ses antécédents sociobiologiques ou à l'histoire médicale de sa famille d'origine »⁹¹. Cette suggestion n'apparaît cependant pas dans les projets de loi. Alors que, suite à l'avant-projet de loi, les groupes

89. *PL 47, préc.*, note 2, p. 16 et suiv.

90. *Mémoire de l'OPQ, préc.*, note 66, p. 6.

91. *Id.*, p. 8.

consultés ont réagi de façon généralement favorable à ces nouvelles mesures, dans les mois qui ont suivi le dépôt du projet de loi 47, parmi tous les changements proposés au régime d'adoption québécois, celui-ci est celui qui a fait couler le plus d'encre dans les médias. Si certains s'opposent à la divulgation d'informations qui étaient jusque-là secrètes dans le but de protéger le choix des parents biologiques⁹² ou d'éviter d'ajouter un poids non désiré sur les épaules de l'adopté⁹³, d'autres défendent le projet de loi en raison du besoin identitaire de l'adopté⁹⁴.

3.4 *La délégation de l'autorité parentale à travers la tutelle dative*

En parallèle aux modifications proposées au regard de l'adoption, l'avant-projet de loi prévoit de nouveaux mécanismes qui permettraient aux parents de déléguer leur autorité légale à un tiers. Pour l'instant, en droit québécois, l'autorité parentale est une notion d'ordre public qui découle directement de la filiation. Il est donc impossible de s'en départir, sauf par le biais de la déchéance parentale, qui doit être prononcée par les tribunaux. Certains attributs peuvent toutefois être délégués à un tiers, comme la garde, la surveillance et l'éducation (art. 601 C.c.Q.). Donc, si un tiers obtient la garde, il n'a aucun statut juridique par rapport à l'enfant et peut donc exercer un contrôle limité sur les décisions prises concernant l'enfant. Le *Code civil du Québec* prévoit un régime de tutelle pour la protection du mineur (la tutelle légale est normalement automatiquement attribuée aux parents), mais les parents ne peuvent nommer un tuteur qu'en prévision de leur décès

92. Edmund COATES, « Adoption - Des promesses de secret menacées », dans *Le Devoir*, 26 juillet 2013, en ligne : <<http://www.ledevoir.com/societe/actualites-en-societe/383746/des-promesses-de-secret-menacees>> (consulté le 28 mars 2014).

93. Alain ROY, « Projet de loi sur l'adoption - Un juste rééquilibrage des enjeux en cause », dans *Le Devoir*, 1 août 2013, en ligne : <<http://www.ledevoir.com/politique/quebec/384112/un-juste-reequilibrage-des-enjeux-en-cause>> (consulté le 28 mars 2014).

94. Caroline MONTPETIT, « Des enfants en quête d'identité », dans *Le Devoir*, 30 novembre 2013, en ligne : <<http://www.ledevoir.com/societe/actualites-en-societe/394016/des-enfants-en-quete-d-identite>> (consulté le 28 mars 2014).

ou dans le cadre d'un mandat d'inaptitude. L'apparition de différentes possibilités de délégation parentale serait donc un moyen de plus pour s'adapter aux différentes situations familiales.

L'avant-projet de loi prévoyait l'introduction de l'article 600.1 C.c.Q. qui aurait permis aux parents de déléguer l'ensemble des attributs de leur autorité parentale, sauf le droit de consentir à l'adoption et l'obligation alimentaire. Or, il n'était pas tout à fait clair à quel type de problèmes cette solution tentait de répondre. Par conséquent, en juger la pertinence est devenu un exercice périlleux. Les opinions des différents groupes concernés étaient donc mitigées et la plupart d'entre eux réclamaient des clarifications quant aux objectifs du législateur afin de se prononcer de façon définitive en faveur ou en défaveur de ce changement. De façon générale, on s'inquiétait de ce que ce nouvel outil ne soit pas toujours employé à la faveur de l'intérêt réel de l'enfant, ou encore qu'il soit utilisé comme moyen de contourner la *Loi sur la protection de la jeunesse*⁹⁵. En ce sens, les Centres jeunesse souhaitaient qu'il soit clair dans la loi que la délégation ne puisse pas avoir lieu dans un « cas actif en protection de la jeunesse »⁹⁶. Par ailleurs, autant les Centres jeunesse que les travailleurs sociaux et thérapeutes familiaux souhaitaient que des évaluations psychosociales précèdent la prise de décision.

Le projet de loi 47 vient clarifier et baliser la proposition de délégation de l'autorité à travers l'introduction d'une nouvelle tutelle dative. Celle-ci se retrouverait à la suite de l'article 206 C.c.Q. Elle permettrait aux parents de nommer parmi les membres de la famille un tuteur pour leur enfant « s'ils se trouvent dans une situation où ils ne sont plus en mesure d'exercer pleinement leur autorité parentale »⁹⁷. L'article 206.1 spécifierait : « Cette personne ne peut être que le conjoint de l'un d'eux, un ascendant de l'enfant, un parent de l'enfant en ligne collatérale jusqu'au troisième degré ou un conjoint de cet ascendant ou parent ». On retrouve aussi la même idée au cœur de la notion de « liens significatifs » dans la *LPJ*,

95. *Mémoire de l'OPQ*, préc., note 66, p. 12.

96. *Mémoire des Centres jeunesse*, préc., note 70, p. 13.

97. *PL 47*, préc., note 2, p. 7 (nouvel article 206.1 C.c.Q.).

c'est-à-dire la volonté de garder l'enfant près des personnes avec lesquelles il a développé des liens d'attachement. On peut donc se questionner de la même manière sur le choix du lien biologique ou familial par rapport à d'autres types de liens quant à la qualité de l'attachement. La délégation de l'autorité parentale, quant à elle, se trouve maintenant au nouvel article 602 C.c.Q. et ne s'applique plus qu'au conjoint du parent qui exerce seul l'autorité parentale, cohabitant avec l'enfant depuis au moins un an.

4. Les conséquences de la transformation de la conception de l'enfant

Avec ces modifications, le législateur souhaite assouplir le régime d'adoption et les moyens qui l'entourent afin de mieux répondre aux besoins des familles et des enfants. Cet objectif repose sur une lecture des besoins qui se calque sur la théorie de l'attachement. Autant la nouvelle *Loi sur la protection de la jeunesse* que l'avant-projet de loi sur l'adoption ont été modelés à partir de ce que l'on considère comme des consensus cliniques, c'est-à-dire des constats validant la théorie de l'attachement. Quels sont les impacts d'une telle modification de la conception de l'enfant dans cette branche du droit québécois? Quels enjeux sont soulevés par l'adoption d'une telle conception? Il y a d'abord le problème de l'interprétation de la théorie de l'attachement qui, comme toute théorie, nécessite d'être bien comprise pour servir les situations réelles. Ensuite, à la lumière des principes qui guident les modifications et de l'avis des intervenants qui voient à l'application de ces principes, il est nécessaire de questionner la place et le rôle du système judiciaire dans les situations délicates qui sont encadrées par les mesures prévues dans la *Loi sur la protection de la jeunesse* ou par le régime d'adoption. Enfin, la prise en compte d'une nouvelle conception de l'enfant implique nécessairement un nouveau regard sur l'intervention de l'État dans la vie familiale ainsi que sur le type de relation que l'État doit avoir avec le bien-être de l'enfant.

4.1 *L'interprétation de la théorie de l'attachement dans le droit*

Nous avons vu plus haut que, dans les changements apportés à la *Loi sur la protection de la jeunesse*, la référence à la théorie de l'attachement a donné lieu à l'emploi de l'expression « liens significatifs ». Bien que la notion puisse avoir une résonance dans la description théorique des liens qu'entretient l'enfant avec les personnes qui assurent sa stabilité émotionnelle, l'emploi de cette expression pose problème dans le contexte juridique et clinique en raison de la difficulté de définition qu'elle pose. Nous avons vu que dans la *Loi*, la notion de liens significatifs est souvent suivi des termes « grands-parents » et « famille élargie »⁹⁸. De la même manière, la nouvelle tutelle dative prévue par le projet de loi 47 ne serait possible que pour un tuteur qui soit conjoint du parent ou qui ait un lien de parenté avec l'enfant⁹⁹. Or, protéger les liens d'affection qui sécurisent l'enfant ne signifie pas nécessairement privilégier la famille biologique. Par exemple, dans plusieurs cas qui relèvent de la protection de la jeunesse, les enfants peuvent avoir été placés très tôt en famille d'accueil. Les personnes significatives, dans ces cas, peuvent n'avoir aucun lien biologique avec l'enfant. De manière inverse, tenter de placer l'enfant dans sa famille élargie sans d'abord évaluer le lien de l'enfant avec le membre de la famille prêt à le recevoir serait mal interpréter les fondements de la *Loi*. Le fait d'être un cousin ou une tante de l'enfant ne veut pas dire que cette personne soit plus « significative » pour l'enfant qu'une autre.

Dans les faits, il y a plusieurs raisons autres que la prévalence de la théorie de l'attachement qui servent de justification aux placements des enfants dans leur famille élargie :

98. Voir plus haut. Il apparaît important de noter que ces spécifications ne faisaient pas partie du projet de loi : *PL 125*, préc., note 24. Il semble que le texte de la loi ait changé suite aux consultations et, entre autres, aux demandes formulées par les groupes de défense des droits des grands-parents. Voir QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, Commission des affaires sociales, 1^{ère} sess., 37^e légis., décembre 2005, « *Mémoire sur le projet de loi 125 présenté à la Commission parlementaire de l'Assemblée nationale du Québec* », mémoire de l'Association pour le respect des droits des grands-parents.

99. *PL 47*, préc., note 2, p. 7 (nouvel article 206.1 C.c.Q.).

On attribue généralement ce regain d'intérêt à l'un ou l'autre des facteurs suivants : 1) l'adoption, dans plusieurs pays d'Amérique du Nord et d'Europe, de politiques mettant l'accent sur la sauvegarde de la famille et les approches centrées sur les forces de la famille; 2) la surcharge des systèmes officiels de placement familial dans plusieurs de ces pays, 3) les impératifs de préservation de l'héritage culturel des enfants placés; et 4) l'adhésion à des philosophies politiques visant à diminuer le coût des services publics¹⁰⁰.

L'insistance sur la définition des liens significatifs comme incluant nécessairement la famille élargie laisse peut-être entrevoir la possibilité que l'implantation du principe se fonde sur les arguments biologiques plutôt que sur un souci réel de protéger les liens d'attachement de l'enfant. En ce sens, le maintien des liens significatifs, lorsqu'il se traduit par le placement chez un membre de la famille élargie, pourrait découler autant de considérations de politiques et de finances publiques que de préoccupations quant au bien-être psychologique de l'enfant. Ces principes doivent être évalués à leurs propres mérites, indépendamment de l'appréciation que l'on a de la théorie de l'attachement. Certains d'entre eux semblent suffisamment importants pour devenir des critères de décision indépendants dont, entre autres, l'impératif de préservation de l'héritage culturel. D'autres sont peut-être plus chargés idéologiquement, comme l'objectif de diminuer le coût des services publics, et devraient être évalués comme tels.

Le système juridique n'est cependant pas dénué de moyens face à de tels constats : en effet, la notion d'« intérêt de l'enfant » vient servir de passe-partout permettant d'exercer un regard critique face aux principes qui sous-tendent le maintien des liens significatifs. Tant la *Loi sur la protection de la jeunesse* que le régime d'adoption québécois doivent être lus à travers le prisme de l'intérêt de l'enfant. L'article 3 de la *Loi sur la protection de la jeunesse* chapeaute l'ensemble des autres principes énoncés plus bas. On

100. G. TURCOTTE *et al.*, « Le recours au placement chez une personne significative », préc., note 50, p. 171-172.

peut y lire, au premier alinéa : « Les décisions prises en vertu de la présente loi doivent l'être dans l'intérêt de l'enfant et dans le respect de ses droits »¹⁰¹. Au deuxième alinéa, les caractéristiques de l'intérêt de l'enfant qui sont énumérées sont le miroir de celles qui figurent à l'article 33 C.c.Q. Il en est de même pour l'adoption, qui s'assoit aussi sur le principe de l'intérêt de l'enfant. Malgré les modifications proposées par l'avant-projet de loi, les adoptions et leurs modalités seraient toujours soumises à l'article 543 C.c.Q. qui stipule, au premier alinéa : « L'adoption ne peut avoir lieu que dans l'intérêt de l'enfant et aux conditions prévues par la loi ». L'intérêt de l'enfant demeure donc le pilier de la discrétion judiciaire dans les cas de protection de l'enfance et d'adoption.

Il faut toutefois noter que l'apparition à l'article 4 de la *Loi sur la protection de la jeunesse* de la notion de liens significatifs et que les modifications envisagées au régime d'adoption changent de façon implicite la façon dont on évalue l'intérêt de l'enfant. En effet, en s'appuyant sur la théorie de l'attachement pour effectuer des modifications aux deux régimes, on oriente d'une certaine manière la compréhension des besoins affectifs de l'enfant. Il faut donc rester vigilants quant à la prise en compte des autres critères qui définissent son intérêt, de manière à pouvoir contrebalancer une possible interprétation trop stricte de l'importance des liens significatifs. L'intérêt de l'enfant doit demeurer un critère souple permettant de s'adapter aux particularités de chaque situation.

4.2 La place du judiciaire face aux constats de la théorie de l'attachement

Autant les constats axiologiques sur lesquels se fondent les changements de la conception de l'enfant dans les textes de lois que les réactions des acteurs sociaux invitent le milieu juridique à un examen critique afin de revoir sa place dans l'administration des conflits en matière de droit de la famille et de protection de l'enfance. Par exemple, il y a certainement lieu de se questionner sur la pertinence d'employer le système contradictoire pour évaluer

101. *LPJ*, préc., note 1, art. 3 al. 1.

des situations aussi délicates et émotionnellement chargées que celles qui émergent de la *Loi sur la protection de la jeunesse* ou des modalités entourant l'adoption¹⁰². En opposant les arguments de deux parties, le système contradictoire fait de l'intérêt de l'enfant un champ de bataille où deux camps s'affrontent et peut laisser l'impression, par exemple, que le Directeur de la protection de la jeunesse est « contre » les parents. Il serait intéressant, pour entamer ce questionnement sur les rapports des tribunaux avec les services gouvernementaux, de se fonder sur les constats des intervenants des Centres jeunesse depuis l'instauration des modifications à la *Loi sur la protection de la jeunesse*. Entre autres, la nouveauté que représente l'apparition des personnes significatives dans la loi et les durées maximales d'hébergement donne lieu à certaines frictions entre l'autorité judiciaire et l'autorité sociale¹⁰³. Bien sûr, le tribunal est là pour veiller à la mise en œuvre de la loi par les intervenants et pour éviter les manquements ou abus de la part des services gouvernementaux. Toutefois, la distance qui lui permet de faire ce travail peut nuire à sa compréhension du travail des intervenants¹⁰⁴.

Une révision en profondeur de la place des tribunaux s'impose donc. Étant donné la quantité de problèmes que pose l'adjudication des conflits dans les situations hautement émotionnelles, on pourrait imaginer qu'une refonte complète du modèle de révision judiciaire en droit de la famille serait appropriée. Déjà, le législateur semble tâter le terrain dans d'autres branches du droit de la famille pour faciliter la conciliation hors cours¹⁰⁵.

102. La remise en question du système contradictoire en droit de la famille en général n'est pas nouvelle. Voir Claire L'HEUREUX-DUBÉ, « Droit de la famille à l'aube du 20^e siècle : la marche vers l'égalité » (1997-1998) 28 R.D.U.S. 3, p. 12. Elle apparaît d'autant plus importante dans le cas de la protection de la jeunesse, qui est une forme « extrême » du droit de la famille.

103. Daniel TURCOTTE, « La perception des rapports avec le tribunal », Annexe 11 dans D. TURCOTTE, S. DRAPEAU, S. HÉLIE *et al.*, préc., note 5, p. 197.

104. *Id.*

105. C'est le cas lors de la séparation de conjoints lorsqu'ils ont des enfants. Le projet de loi 64 déposé récemment faciliterait les ententes à l'amiable et donnerait accès à l'aide juridique aux parents afin de les aider à fixer les pensions alimentaires et les droits de garde, de façon à désengorger le

Dans le cas de la protection de la jeunesse et de l'adoption, il y aurait plusieurs avenues à explorer. On pourrait, entre autres, songer à rendre le processus de règlement de conflits moins formel, de manière à ce que les différents acteurs qui prennent part aux décisions (les parties concernées, le Directeur de la protection de la jeunesse, les intervenants, les avocats et le juge) puissent réellement dialoguer et chacun avoir une meilleure compréhension des multiples facettes et enjeux propres à chaque situation.

L'importance qu'a prise la théorie de l'attachement dans l'élaboration de la législation entourant la protection de l'enfance nous oblige aussi à revisiter les critiques de cette théorie, de manière à pouvoir juger des impacts qu'elle peut avoir sur le processus juridique. Entre autres, comme nous l'avons vu plus haut, la théorie de l'attachement repose sur une vision positiviste de la psychologie. Elle suppose que l'observation que l'on fait de certains comportements chez une personne puisse nous permettre de prédire les comportements à venir. Il faudrait s'assurer que les juges (tout comme les intervenants) soient conscients de ce biais de la théorie pour qu'ils puissent y pallier si nécessaire. Par ailleurs, la domination d'une théorie d'un domaine spécialisé des sciences humaines dans la loi signifie un poids plus important des experts thérapeutiques lequel pourrait mener, si l'on manque de vigilance, à évacuer les débats éthiques et politiques qui traversent le droit public de la famille.

4.3 *L'impact en termes de politiques publiques*

La *Loi sur la protection de la jeunesse* et le régime d'adoption sont les deux facettes les plus extrêmes de l'intrusion de l'État dans la vie privée des familles. Elles représentent ainsi la recherche d'un équilibre extrêmement délicat entre la sphère publique et la sphère privée. C'est pourquoi *Loi sur la protection de la jeunesse* est une loi

système juridique. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Loi favorisant l'accès à la justice en matière familiale*, 2^e sess., 39^e légis., 23 février 2011 au 1 août 2012 [PL 64].

d'exception, dont la portée d'application est limitée dès l'article 2¹⁰⁶. En faisant le choix d'intervenir dans certaines situations, le législateur a déjà nécessairement adopté une position morale par rapport à certains actes ou états de fait qu'il juge inacceptable. En ce sens, l'existence même d'un régime de protection de l'enfance est une sorte de pied de nez aux prétentions de neutralité du libéralisme ambiant. En fait, ce qui ressort de l'existence d'un tel régime dans notre société est une reconnaissance tacite des limites de la conception étroite de l'autonomie individuelle classique. Plus spécifiquement, en choisissant de s'assurer que les enfants évoluent dans un milieu sans abus physiques et moraux, on reconnaît l'importance des déterminants sociaux dans le développement même de l'autonomie de l'enfant. Il faut donc voir que ce qui pourrait être considéré comme une intervention extrême de l'État brimant en partie l'autonomie des parents est plutôt, dans les faits, un choix social de comprendre l'autonomie des individus de façon plus complexe, de situer l'autonomie dans son contexte relationnel.

En choisissant d'adopter une conception plus relationnelle de l'enfant, le législateur s'est engagé dans une certaine voie qui mérite d'être approfondie. Pour être cohérents, il faut tirer toutes les conséquences logiques qui découlent d'une telle conception. La prise en compte des personnes significatives pour l'enfant dans l'évaluation de son intérêt devrait mener à une plus grande offre de services aux parents. On a vu que, pour la première fois, les parents se sont faits reconnaître comme sujets de droits socioéconomiques dans le cadre de la *Loi sur la protection de la jeunesse*. Toutefois, les intervenants sur le terrain s'inquiètent de la difficulté pratique de répondre à ces obligations¹⁰⁷. La réalité est que, pour réellement avoir les capacités de répondre aux problèmes des enfants tout en préservant les liens les plus significatifs (lorsque c'est possible), il faudrait souvent plus de ressources pour aider les parents, autant sur le plan psychologique que social et économique. Il faudrait par

106. *LPJ*, préc., note 1, art. 2 : « La présente loi s'applique à un enfant dont la sécurité ou le développement est ou peut être considéré comme compromis ».

107. *S. MOISAN*, préc., note 63.

ailleurs prendre plus au sérieux les problèmes systémiques qui causent la pauvreté et la marginalisation sociale. Il faut comprendre que si la protection de la jeunesse a tant de travail à accomplir, c'est bien souvent en raison des conditions socioéconomiques difficiles sinon indigentes qui affectent une certaine portion de la société québécoise. Il peut sembler trivial de conclure sur de tels constats, mais il semble qu'il soit encore nécessaire de le rappeler, puisque la volonté politique de reconnaître ce lien indéniable entre les conditions de vie des parents et celles des enfants n'est toujours pas suffisante. Bref, aucune mesure juridique faisant la promotion du bien-être de l'enfant et de sa famille ne sera suffisante tant que les ressources d'aide aux parents seront manquantes. Les craintes des groupes impliqués sur le terrain, tant au plan des modifications à la *Loi sur la protection de la jeunesse* qu'à celui des changements envisagés par rapport au régime d'adoption ne reposent pas tant sur un rejet des principes qui les animent, mais plutôt sur l'inquiétude que ces principes soient mal servis voire déformés par une application bâclée en raison du manque de ressources.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : AJUSTEMENT NÉCESSAIRE DU VOLONTARISME CONTRACTUEL : DU
VOLONTARISME AU SOLIDARISME?

Auteur(s) : Ghislain TABI TABI

Revue : *RDUS*, 2014, volume 44, numéro 1

Pages : 71-125

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/9931>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/9931>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

AJUSTEMENT NÉCESSAIRE DU VOLONTARISME CONTRACTUEL : DU VOLONTARISME AU SOLIDARISME?

par Ghislain TABI TABI*

Les mutations contractuelles contemporaines ne justifieraient-elles pas un ajustement épistémologique des relations obligationnelles allant du volontarisme individualiste au volontarisme solidariste? L'autonomie de la volonté ne peut plus être considérée comme l'unique paradigme de gouvernance des relations contractuelles. Plusieurs fois défini, le solidarisme contractuel se traduit en termes de lisibilité du rapport d'obligations. Cette vision novatrice consiste en l'abandon des rapports basés sur la division fort/faible, au profit de l'émergence des relations contractuelles reposant sur la distinction partie en position de force/partie en situation de vulnérabilité. Aujourd'hui, il n'est plus uniquement question d'établir ou de restaurer l'équilibre contractuel en considération de l'appartenance à un groupe donné, plutôt de remettre à chacun ce qui lui revient conformément à la justice commutative. De la logique de la coexistence des intérêts, parvenir à leur conciliation, tel est l'objectif que se fixe la doctrine du solidarisme contractuel.

Can contemporary contractual changes justify an epistemological adjustment of contractual relationships from « individualistic voluntarism » to « solidaristic voluntarism »? Autonomy of the will can no longer be the sole paradigm in the management of contractual relationships. Although defined in various ways, contractual solidarism can be described as the « lisibility » of such obligational relationships. This innovative vision is based on the abandonment of the strong/weak demarcation in favor of the emergence of contractual relationships based on the party in a position of strength versus the party in a situation of vulnerability distinction. Nowadays, it's no longer only a question of establishing or restoring contractual equilibrium in favor of those belonging to a particular group, but rather of affording to each person that to which he or she is entitled in accordance with commutative justice. From the logic of the coexistence of interests, achieving their conciliation is the goal of contractual solidarism.

* . L.L.D., Chargé de cours : Faculté de droit, Université Laval; Faculté de droit et Faculté de l'éducation permanente, Université de Montréal. Assistant, Faculté des sciences juridiques et politiques, Université de Yaoundé II. J'adresse mes remerciements à M. André Bélanger, professeur agrégé à la Faculté de droit de l'Université Laval pour ses précieux conseils.

SOMMAIRE

1.	Compréhension appropriée du paradigme de solidarisme contractuel dans les relations obligationnelles	75
1.1	L'analyse de l'utopie du volontarisme contractuel et de l'utopie du solidarisme contractuel	75
1.2	Esquisse de gradation des utopies du volontarisme contractuel et du solidarisme contractuel	79
1.3	L'option du solidarisme contractuel en faveur de la conciliation des intérêts des contractants	80
1.4	La résurgence contemporaine du solidarisme contractuel	84
2.	Les définitions contemporaines du solidarisme contractuel	87
2.1	Les définitions contemporaines du solidarisme contractuel : fraternité, prise en compte ou prise en charge des attentes légitimes du cocontractant?	87
2.2	Le solidarisme contractuel : nécessaire lisibilité du lien obligationnel	95
3.	Le solidarisme contractuel : pour une théorie générale du contrat basée sur les inégalités?	104
3.1	La reconnaissance affirmée de la justice distributive dans les relations contractuelles	105
3.2	L'émergence souhaitée de la justice commutative	115
	Conclusion	124

Né du vaste mouvement solidariste qui embrase la France à la fin du XIX^e siècle¹, le solidarisme contractuel est l'œuvre de Demogue². Il s'agit d'une doctrine qui place les vulnérabilités respectives des individus au centre du débat contractuel. Elle prend le contre-pied de la philosophie libérale en soutenant que dans une relation contractuelle, chacune des parties œuvre à la satisfaction des attentes légitimes de l'autre. Les vulnérabilités respectives des parties au contrat ne peuvent être ignorées. Nul ne doit utiliser les faiblesses de l'autre pour tirer injustement un avantage quelconque de la relation contractuelle. Le climat social dans lequel naît la doctrine du solidarisme est particulier. Nous sommes dans la deuxième moitié du XIX^e siècle à une période où le développement industriel est en plein essor. La croissance de l'économie capitaliste a pour conséquence le délaissement de la classe ouvrière. Celle-ci se trouve en situation d'impuissance. La ruée des individus de cette classe vers les entreprises et usines des opérateurs économiques est telle que l'on constate à l'époque que de nombreux contrats ne sont pas négociés. Il s'en suit une multiplication des accidents industriels dont l'indemnisation se heurte à l'inadaptation du système juridique en vigueur. En effet, le climat intellectuel qui prévaut au moment de la survenance de ces différends est dominé par la méthode de l'exégèse³. Conformément à la trilogie des conditions de mise en application de la responsabilité civile : la faute, le dommage et le lien de causalité, aucune indemnisation ne peut être accordée si l'un de ces éléments fait défaut. Or, au regard des réalités pratiques, on ne peut plus continuer à soutenir l'autonomie de la volonté pour ce qu'elle est, pas plus qu'on ne saurait maintenir intact un système de responsabilité fondé sur la faute qui est difficile à prouver⁴. De là, éclatent en France des troubles importants qui menacent la

-
1. Christophe JAMIN, « Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique », dans Luc GRYNBAUM et Marc NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Paris, Economica, 2004, 159 et 161.
 2. Philippe RÉMY, « La genèse du solidarisme », dans L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Id.*, 3 et 8.
 3. Christophe JAMIN, « Demogue et son temps. Réflexions introductives sur son nihilisme juridique », (2006) 56 *R.I.E.J.* 5, 6-7.
 4. *Id.*, p. 13-14.

crédibilité même des institutions étatiques. Naît alors la question sociale qui est définie comme étant un déficit de réalité sociale dans l'imaginaire politique de la république⁵. La situation économique désastreuse de la classe ouvrière contraste avec l'égale souveraineté politique de tous, matérialisée par le droit de vote⁶.

Les juristes civilistes s'activent dès lors à trouver des solutions aux réclamations de la classe ouvrière en s'intéressant désormais à l'étude des sources du droit. Aux côtés de la loi, la jurisprudence qui a pour mission de dire le droit devrait désormais jouer un rôle important dans la compréhension concrète des situations conflictuelles⁷. Qu'ils soient de droite, les libéraux, ou de gauche, les socialistes, ou encore au centre de l'échiquier politique, les solidaristes, tous semblent s'accorder sur une certitude : l'impossibilité pour la philosophie libérale et individualiste à assurer en l'état l'harmonie sociale et donc, en matière contractuelle, l'équilibre⁸.

Un tel constat caractérise alors la remise en question de l'utopie volontariste des relations contractuelles, ce qui permet l'émergence de l'utopie solidariste dans le domaine obligationnel. Il nous faut alors procéder à une analyse discursive du solidarisme contractuel, afin d'apprécier de manière adéquate sa nécessaire collaboration avec le volontarisme contractuel (1). D'une meilleure définition du paradigme de solidarisme contractuel (2), pourrait alors découler une lecture appropriée de sa mission dans la réalité obligationnelle contemporaine : l'instauration d'un droit des relations contractuelles inégalitaires (3).

-
5. Jacques DONZELOT, *L'invention du social. Essai sur le déclin des passions politiques*, Paris, Fayard, 1994, p. 33.
 6. *Id.*, p. 67-68; Christophe JAMIN, « Quelle nouvelle crise du contrat? Quelques mots en guise d'introduction », dans Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 8.
 7. C. JAMIN, préc., note 3, p. 13.
 8. *Id.*, p. 14.

1. Compréhension appropriée du paradigme de solidarisme contractuel dans les relations obligationnelles

Une compréhension adéquate de l'émergence du solidarisme contractuel dans les relations obligationnelles requiert l'analyse des utopies volontariste et solidariste des rapports d'obligations (1.1), une esquisse de gradation de ces deux utopies (1.2), l'appréciation de la conciliation des intérêts que le solidarisme contractuel incarne (1.3), et les raisons de sa résurgence contemporaine (1.4).

1.1 L'analyse de l'utopie du volontarisme contractuel et de l'utopie du solidarisme contractuel

Que signifient ces deux utopies? Qu'est-ce qui caractérise chacune d'elles? La réponse à ces questions nécessite l'étude de l'utopie volontariste d'une part (1.1.1), et l'analyse de l'utopie solidariste d'autre part (1.1.2), des relations contractuelles.

1.1.1 L'utopie volontariste des relations contractuelles

Des auteurs pensent que la vie des individus est caractérisée par des intérêts complexes et des luttes d'influences⁹. Dans cet univers, les personnes naturellement plus fortes ne connaissent pas la notion de propriété privée. Leur désir d'épanouissement personnel les conduit à abuser des plus faibles en les soumettant ou en les asservissant¹⁰. Excédés par leurs propres contradictions, les individus vont quitter l'*état de nature* pour se retrouver dans l'*état civil* ou *de société* marqué par l'avènement d'un ordre rationnel. Cet ordre protège à la fois les intérêts individuels et collectifs des membres indépendamment de leurs forces ou de leurs faiblesses. Chaque individu aliène sa force

9. Voir : Anne STAQUET, *La ruse du Léviathan*, Paris, Hermann, 2013; Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social. Présentation, notes, bibliographie et chronologie* par Bruno BERNADI, Paris, Flammarion, 2001; Thomas HOBBS, *L'ordre et la liberté*, par Norbert CAMPAGNA, Paris, Michalon, 2000.

10. Bruno BERNADI, *Id*, p. 49.

ou sa puissance au profit de l'ensemble du groupe, sous la direction de la *volonté générale* qui veille à ce qu'aucun acteur du corps social ne soit l'objet d'asservissement des autres. L'accord ainsi passé entre les individus est qualifié de *contrat social*¹¹. Celui-ci semble être la source principale de laquelle l'utopie de volontarisme contractuel justifie son existence. En effet, cette philosophie individualiste de l'école du droit naturel soutient que la base de toute relation contractuelle n'est pas dans la loi qui est issue du contrat social, plutôt dans la volonté qui constitue le socle essentiel et qui est à l'origine de ce contrat social. La volonté autonome demeure alors l'énergie créatrice de tout contrat, tandis que la loi intervient dans la relation contractuelle pour aider à l'accomplissement effectif de cette volonté. La loi n'est donc pas le principe fondamental du rapport obligationnel. Le contrat est considéré comme étant juste par le seul fait de la volonté des parties. Personne ne peut vouloir pour elle-même un rapport d'obligations qui ne protège pas ses intérêts¹². L'on estime qu'à l'image du *contrat social*, le contrat est un accord de volontés librement et également voulu. Nul ne pourra alors se plaindre du déficit, du manque ou de la perte de l'intérêt contractuel. Au nom de la sécurité juridique des transactions et de la prévisibilité contractuelle, le contrat doit être respecté.

Il est difficile de justifier l'opérationnalité des principes de liberté et d'égalité naturelles des individus. Comment peut-on concrètement démontrer que nous sommes autonomes également, quelles sont les unités de mesure de cette autonomie? La conclusion selon laquelle les individus sont naturellement libres et égaux manque de pertinence. Les pratiques contractuelles actuelles qui sont essentiellement

11. *Id.*, p. 55-57; Lelia Pezzillo, *Rousseau et le contrat social*, Paris, P.U.F., 2000, p. 73.

12. Maurice TANCELIN, *Des obligations en droit mixte du Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, p. 56; Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 35; René DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t.1, Paris, Rousseau, 1923, n° 10, p. 19.

dominées par l'unilatéralisme et les pouvoirs contractuels contestent cette affirmation.

1.1.2 L'utopie solidariste des relations contractuelles

Des auteurs soutiennent qu'en naissant, les individus trouvent une société qui les précède. Les nécessités de l'existence, l'interdépendance des faits économiques et sociaux s'imposent à ceux-ci, sans qu'ils aient préalablement discuté les conditions du rapport d'obligations qui doit intervenir entre eux. L'on retrouve une infinité de causes que la volonté autonome n'a pas créées, mais qui provoquent des obligations que celle-ci doit assumer. Il est alors nécessaire qu'en faveur de la protection des intérêts tant individuels que collectifs des membres d'une communauté donnée, les obligations auxquelles ils doivent satisfaire soient analysées sous le prisme d'un contrat rétroactivement consenti. L'approche consiste à détecter ce que la volonté aurait voulu si elle avait eu la possibilité de discuter des termes du rapport obligationnel. La présomption selon laquelle les volontés libres et égales auraient exprimé leur consentement, est regardée comme étant le seul fondement du droit ou de leur engagement. C'est dans ce sens que l'on parle de contrat rétroactivement consenti, de quasi-contrat¹³. De la naissance à l'émancipation, les individus reçoivent tout ce dont ils ont besoin de la société. Celle-ci les préserve du mal social qui se présente sous la forme d'altérité. Généralement, l'on pense que le mal se situe dans autrui qui risque d'être un frein à notre épanouissement. Au contact de l'autre, on découvre aussi nos propres défaillances, nos limites, notre imperfection. On parle alors de l'altérité par rapport à soi-même. De ces deux assertions, on peut déduire que le mal social se situe dans les relations humaines. La meilleure façon de l'éliminer consiste alors à quitter le combat individuel qui a pour

13. Léon BOURGEOIS et Alfred CROISSET, *Essai d'une philosophie de la solidarité. Conférences et discussions présidées par M.M. Léon Bourgeois et Alfred Croiset*, Paris, F. Alcan, 1907, p. 109-110; Léon Victor Auguste BOURGEOIS, « Solidarité (1896) », Université du Québec à Rimouski, en ligne : <http://classiques.uqac.ca/classiques/bourgeois_leon/solidarite/solidarite.html> (Page consultée le 06 janvier 2014).

base les intérêts égoïstes, pour unir nos forces dans le sens des initiatives solidaires. C'est le moyen par lequel les individus pourront atteindre leur plein épanouissement dans la société¹⁴. Cette société qui les accueille leur procure les conditions de possibilité de leur autonomie. Du fait de la prise en charge qu'elle leur offre, elle les rend débiteurs envers elle. Ils doivent alors participer activement à la construction et au maintien du lien social. Ce qui signifie qu'ils doivent veiller à la satisfaction des intérêts légitimes tant individuels que collectifs des membres de la société. Ainsi, la supériorité des uns ne doit pas être utilisée comme un moyen de domination sur les autres qui se trouvent en position de vulnérabilité. La responsabilité des parties à une relation obligationnelle ne doit pas être perçue sous le prisme d'une logique d'*accusation* et de *défense* qui caractérise les solitudes contractuelles. Elle doit plutôt conduire chaque contractant à participer activement aux relations d'interdépendance qu'impose la lutte contre le mal social, c'est-à-dire la nécessaire collaboration. Le quasi-contrat acquiert ainsi une base juridique et devient la condition de la liberté¹⁵.

Cette utopie n'échappe pas à la critique. Il y a une contradiction entre l'affirmation selon laquelle il existe une association qui précède la naissance des individus et dont ils ne peuvent se dégager, et le fait de considérer ces personnes comme étant liées par un contrat. Dans la première assertion, on peut retenir la réalité d'une dépendance naturelle de laquelle on peut aisément concevoir l'existence d'une solidarité tout aussi naturelle. Dans la deuxième articulation par contre, il est question d'une obligation juridique résultant d'un accord libre qui est le contrat. Il semble alors difficile de partir de la solidarité innée pour justifier l'idée d'une solidarité contractuelle sans préalablement démontrer l'existence du contrat¹⁶. Le promoteur du paradigme de

14. François EDWALD, *L'État providence*, Paris, Grasset, 1986, p. 360.

15. Anne-Sylvie COURDIÉ-CUISINIER, *Le solidarisme contractuel*, Paris, Litec, 2006, p. 4-6.

16. Eugène D'EICHTAL, *La solidarité sociale, ses nouvelles formules*, Paris, Alphonse Picard et fils, 1903, p. 9-10, cité par Pierre MAZET, « Le courant solidariste », dans L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), préc., note 1.

solidarisme contractuel a lui-même fait écho de cette critique¹⁷. Le quasi-contrat ne saurait être l'équivalent du contrat social qui est établi en présence des individus.

L'utopie solidariste des relations contractuelles repose sur des présupposés difficilement vérifiables. Il s'agit d'un postulat qui ne s'appuie sur aucun fait matériellement appréciable et susceptible de légitimer son existence. Faut-il pour autant conclure à son inefficacité pratique dans la protection de l'équilibre contractuel?

1.2 Esquisse de gradation des utopies du volontarisme contractuel et du solidarisme contractuel

Que l'on soit convaincu de la plausibilité de l'utopie volontariste ou de l'utopie solidariste, il n'en demeure pas moins que ces deux conceptions reposent sur la dogmatique. Tous ceux qui s'y intéressent réfléchissent en « dogmaticiens ». Toutefois, dans une sorte de gradation des utopies, nous pensons que si l'utopie volontariste reste malgré tout la matrice des relations d'obligations, l'utopie solidariste, quant à elle, a substantiellement de bonnes raisons d'être aujourd'hui celle dont l'application justifiera le respect de l'autonomie de la volonté, au moyen du maintien du lien social¹⁸. La contractualisation de masse de la société sur laquelle reposent l'unilatéralisme et les pouvoirs contractuels semble vider de sens l'exigence de l'intégrité du consentement. Pourtant, entre les nécessités économiques contemporaines qui sont caractérisées par la célérité, la standardisation et la recherche effrénée de l'efficacité économique, et le besoin de protection et de réalisation des attentes légitimes de la partie qui se trouve en situation de vulnérabilité, il est nécessaire de procéder à la conciliation des intérêts. Le solidarisme contractuel pourrait jouer un rôle décisif dans cette recherche de l'équilibre contractuel. Mais de quelle manière?

17. René DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, Paris, Éditions La Mémoire du Droit, 2001, p. 158-160.

18. C. JAMIN, préc., note 1, p.166.

1.3 L'option du solidarisme contractuel en faveur de la conciliation des intérêts des contractants

Dans sa présentation de la structure matérielle du solidarisme contractuel, Courdier affirme d'abord l'existence d'un lien de solidarité entre les cocontractants. Cette solidarité est consubstantielle au contrat, en ce sens que les parties qui s'engagent acceptent d'œuvrer à la réalisation des attentes légitimes de chacune d'entre elles. Le contrat est alors perçu comme un moyen d'atteindre l'épanouissement juridique individuel par la satisfaction que nous procurons à l'autre partie en lui permettant de réaliser ses objectifs¹⁹. Cette satisfaction se répercute sur la société tout entière. Le deuxième critère matériel de définition du solidarisme contractuel est la conciliation des intérêts. Elle obéit à deux principes : les principes de proportionnalité et de cohérence, qui interviennent au niveau de la conception du contenu obligationnel²⁰. À l'étape de l'exécution et de l'extinction du contrat, ces principes se transforment en devoirs de proportionnalité et de cohérence²¹. Courdier soutient qu'en ce qui concerne la protection de l'équilibre, le solidarisme contractuel va plus loin que la vision libérale du contrat, en ce qu'il permet l'arrivée de deux autres devoirs : le devoir de tolérance vis-à-vis du contractant qui éprouve des difficultés à exécuter ses prestations contractuelles, et celui d'adaptation du contrat soumis au changement de circonstances qui lui sont extérieures. Il s'agit d'un ensemble de mesures de collaboration qui permettent de concevoir et de préserver l'équilibre contractuel.

À cet effet, Demogue estime que :

[l]es contractants forment une sorte de microcosme. C'est une petite société où chacun doit travailler dans un but

19. A.-S. COURDIER-CUISINIER, préc., note 15, n° 151, p. 86.

20. Voir : Ghislain TABI TABI, *Les nouveaux instruments de gestion du processus contractuel*, thèse de doctorat, Québec, Faculté des études supérieures, Université Laval, 2011, p. 179 et suiv. Pour la même thèse de doctorat : en ligne <<http://www.theses.ulaval.ca/2011/28300/>> (Consulté le 06 janvier 2014).

21. *Id.*

commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme dans la société civile ou commerciale. Alors à l'opposition entre le droit du créancier et l'intérêt du débiteur tend à se substituer une certaine union. Le créancier quant à la prestation qu'il doit recevoir n'est pas seulement créancier, il peut aussi avoir un devoir de collaboration²².

Il ajoute :

L'état d'obligé peut-il être considéré comme exceptionnel? Les civilistes le disent volontiers. D'après eux l'état de liberté est l'état naturel de l'homme. Cette idée qui rappelle inconsciemment l'état de nature de Rousseau et place comme idéal que chacun en société soit aussi libre qu'auparavant dans le prétendu état de nature, est tout à fait inexacte. L'état naturel en société est la solidarité, la liberté peut simplement être considérée comme souhaitable dans une certaine mesure. L'obligation acte libre doit être consacrée comme instrument nécessaire de la coopération sociale²³.

Toujours selon Demogue :

La base de l'énergie créatrice de la volonté ne peut donc être ni dans ce fait de la réunion de plusieurs volontés, ni dans ce fait que le but a été rationnellement voulu, ni davantage dans la correction interne de l'engagement venant d'une liberté exempte de dol ou d'erreur et d'une personne capable. Il faut encore sonder davantage et la base se trouve dans le côté à la fois social et individuel de la volonté : dans la satisfaction qu'elle donne à l'individu si elle se réalise, dans la nécessité que cette volonté manifestée donne la sécurité aux tiers et enfin dans l'espoir que la volonté s'étant normalement développée est d'accord avec le développement des intérêts généraux²⁴.

22. René DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. 6, Paris, Rousseau, 1931, n° 3, p. 9.

23. R. DEMOGUE, préc., note 12, n° 10, p. 19.

24. *Id.*, n° 15, p. 34.

Demogue, dans sa définition de l'acte juridique, déclare : « Le but social du droit n'y apparaît pas assez, surtout à une époque comme la nôtre, où l'autonomie de la volonté, le respect de la volonté pour elle-même ne sont plus les idées dominantes. [...] Il faut donc définir l'acte juridique : celui où le but social poursuivi concorde avec une volonté individuelle »²⁵.

Dans toute cette entreprise de Demogue, force est de relever son désaccord avec la conception volontariste du contrat. Demogue soutient qu'il est bien difficile de prétendre accorder à l'autonomie de la volonté une valeur coercitive, un caractère de décision contractuelle ayant force exécutoire. L'analyse exégétique du Code civil qui est jusque-là pratiquée ne suffit plus à rendre compte de la réalité sociale. Il faut donc reconnaître à la jurisprudence un travail d'interprétation qui est basé sur la réalité concrète des faits ²⁶. Ces prises de position de Demogue s'inscrivent en droite ligne de ce qu'annonçait déjà Saleilles à propos des règles d'interprétation des contrats. Selon ce dernier, la recherche de la volonté commune des parties en cas de divergence de points de vue est une pure illusion. Il exprime sa pensée en ces termes : « Aussi [...] est-ce d'après le but social de ce procédé de solidarité juridique, et non d'après la fantaisie individuelle de chacun de ceux qui y prennent part, que le contrat doit être interprété et appliqué »²⁷. Nous pouvons donc comprendre qu'avec la doctrine solidariste, c'est tout le problème de l'autonomie de la volonté comme paradigme fondamental du contrat qui est posé. Elle ne peut plus être considérée comme « [...] une pure puissance créatrice, pas plus qu'elle n'est en mesure de modeler seule les effets de droit qu'elle engendre. Le principe de la liberté primordiale de l'individu, qui fonde cette conception du contrat, est désormais contesté au nom de la primauté du

25. *Id.*, n° 13, p. 27.

26. C. JAMIN, préc., note 3, p. 6-7.

27. Raymond SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, Paris, Pichon, 1901, p. 229, cité par Christophe JAMIN, *Le solidarisme contractuel. Un regard franco-québécois*, Montréal, Thémis, 2005, p. 14.

social »²⁸. On aurait alors reconnu à la volonté des qualités injustifiées, ce qui explique que l'égalité et la liberté contractuelles soient fortement contestées²⁹.

Le solidarisme social que Demogue applique au contrat est contesté par Courdier. Elle le fait dans le cadre de ses importants travaux de thèse de doctorat. Celle-ci, en matière de publication, est la toute première consacrée à l'étude du solidarisme contractuel. La thèse part d'un constat : si le contrat est la manifestation de la solidarité qui existe entre les individus en société du fait de leur interdépendance, la solidarité entre les contractants n'a donc pas pour base le contrat, mais l'organisation sociale. On peut alors valablement conclure qu'à partir du moment où le rapport d'obligations est convenu, ladite solidarité demeure un idéal auquel les parties sont appelées à tendre. Elle ne saurait donc constituer une réalité juridique³⁰. Courdier soutient aussi que le but commun qu'évoque Demogue n'existe pas. En effet, chaque contractant a son but à atteindre dans une relation contractuelle. Dire que le but commun est la somme des buts individuels n'est pas décisif dans la justification de la solidarité entre les contractants. Ceux-ci doivent d'abord satisfaire à une prise de conscience des avantages que cette solidarité peut leur procurer. Chaque partie œuvrant prioritairement à la réalisation de ses intérêts légitimes, la solidarité ne peut juridiquement résulter de la conception du but commun que soutient Demogue³¹. Il appert donc que pour que l'expression « solidarisme contractuel » ait pleinement son sens, son application dans les rapports d'obligations doit exprimer une

28. Christophe JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », dans Gilles GOUBEUX et Jacques GHESTIN (dir.), *Études offertes à Jacques Ghestin : le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 447.

29. Brigitte LEFEBVRE, « Liberté contractuelle et justice contractuelle : le rôle accru de la bonne foi comme norme de comportement », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit des contrats (2000)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 53.

30. A.-S. COURDIER-CUISINIER, préc., note 15, p. 15.

31. *Id.*

solidarité qui tire ses sources du contrat lui-même et non de la solidarité sociale qui est d'ordre socio-politique³².

Nous sommes certes favorables à une plus grande autonomie du solidarisme contractuel, mais il nous paraît inapproprié de prétendre systématiquement le séparer du solidarisme social auquel il reste intimement lié. Nous ne pouvons pas affirmer la pleine autonomie de ce paradigme sans faire référence à ses suites, c'est-à-dire ses conséquences sociales. Il s'agit, de par son déploiement, de la satisfaction et de la paix qu'il procure aux parties qui elles-mêmes ne vivent pas *ex nihilo*. Il serait aussi inadéquat de parler de l'autonomie du solidarisme contractuel sans envisager sa finalité. Elle consiste à assurer à la partie en situation de vulnérabilité la réalisation de ses attentes légitimes en leur procurant une protection appropriée. L'encadrement de cette finalité rejaillit alors sur l'organisation sociale qui, de moins en moins, va enregistrer des exclusions ou des risques d'exclusions³³.

1.4 La résurgence contemporaine du solidarisme contractuel

Après une longue éclipse de près d'un demi-siècle, sans doute justifiée par la montée en puissance des idées consuméristes dans la deuxième moitié du XX^e siècle, le retour du solidarisme contractuel s'explique par un certain nombre de facteurs. L'on relève la transformation de l'univers obligationnel. On le sait déjà, depuis l'arrivée des contrats d'adhésion, la théorie classique de l'autonomie de la volonté ne suffisait plus à justifier l'engagement des parties au rapport d'obligations. Aujourd'hui, la contractualisation de masse de la société mondiale, soutenue par le phénomène de la mondialisation des économies³⁴, aboutit à la production des figures contractuelles inédites. Cette nouvelle configuration des rapports d'obligations développe l'unilatéralisme

32. *Id.*

33. Bjarne MELKEVIK, *Considérations juridico-philosophiques*, Québec, P.U.L., 2005, p. 30.

34. C. JAMIN, préc., note 27, p. 20.

qu'on retrouve, à la suite des contrats d'adhésion, dans les contrats de dépendance. Nous sommes donc entrés dans l'ère des rapports contractuels unilatéraux qui intensifie le règne des pouvoirs contractuels.

Malgré la prédominance couplée de l'unilatéralisme et des pouvoirs contractuels qui contrarient de front le dogme de l'autonomie de la volonté, le droit des contrats et la théorie générale y relative continuent de régenter les relations contractuelles à leur aune. Il devient important de savoir si d'un droit des relations contractuelles égalitaires, le moment n'est pas venu d'envisager l'instauration d'un droit inégalitaire qui serait adapté aux réalités contemporaines.

La difficulté ne se pose pas systématiquement de la même façon selon qu'il s'agit du régime juridique français ou du régime juridique québécois³⁵ : le premier se distingue par sa position assez sociale tandis que le deuxième se définit par une prépondérance de l'approche libérale. Cependant, au-delà de leurs différences, la difficulté qui les fédère reste actuellement la même, indépendamment des chapelles doctrinales : comment satisfaire les attentes légitimes des deux volontés qui s'affrontent? Des auteurs s'expriment d'ailleurs en ces termes :

Par exemple, il faut distinguer la position plus « sociale » du droit français en matière de contrat, alors que la crise du droit solidariste en raison de l'opposition néo-libérale a même été invoquée, de celle du droit québécois. En effet, dans ce dernier, c'est l'approche libérale qui prédomine [...] sans doute en raison du lourd héritage du *Code civil du Bas-Canada* qui était le reflet d'une conception davantage libérale des relations contractuelles que ne le représentait le Code Napoléon. En ce sens, le problème est

35. « *Solidarisme*. Le solidarisme contractuel prôné par une certaine doctrine en France, sans toutefois l'aval de la Cour de cassation, n'a pas encore séduit le monde juridique québécois, malgré la tendance politique social-démocrate qui alterne avec le libéralisme selon les résultats électoraux »; Adrian POPOVICI, « Libres propos sur la culture juridique québécoise dans un monde qui rétrécit » (2009) 54 *McGill L.J.* 223-234.

à la fois différent et semblable. En premier lieu, le problème est différent puisque le constat d'échec ressenti en droit français en matière de règles axées sur la protection de la partie vulnérable, considéré dans un contexte où l'idéologie libérale se fait de plus en plus présente (où ne se fait-elle pas?), ne peut être comparé à celui du Québec. En effet, pour le juriste québécois, le contrat qui n'est pas de consommation ni de travail n'est pas perçu comme étant autre chose qu'un accord de volonté librement consentie : voilà du moins ce qui semble être encore souvent enseigné dans les facultés de droit. En second lieu, le problème est semblable, puisque la difficulté *première* demeure la même, que les approches soient de « droite » ou de « gauche » en France, du Centre ou de la droite au Québec, soit la compréhension axée sur deux volontés qui s'opposent, se combattent³⁶.

Historiquement, le solidarisme contractuel que prônait Demogue s'est manifesté par la mise en application de la justice distributive dans les relations contractuelles. Une justice de groupe portée à la défense des intérêts des contractants en ce qu'ils appartiennent à une catégorie juridique bien déterminée³⁷. On parle alors, par exemple, de la protection des travailleurs, des locataires, ou encore de la mutualisation des risques. Aujourd'hui, la configuration contemporaine des relations contractuelles incite, pour la préservation ou le rétablissement de l'équilibre contractuel, l'appropriation d'une nouvelle forme de justice. Il s'agit de la justice commutative qui s'occupe désormais des individus non plus en fonction de leur appartenance à tel ou tel groupe social préalablement déterminé, mais en appréciation de leur situation dans le rapport d'obligations³⁸.

Pour qu'il joue convenablement son rôle, le paradigme de solidarisme contractuel nécessite d'être préalablement mieux saisi

36. André BÉLANGER et Ghislain TABI TABI, « Vers un repli de l'individualisme contractuel? L'exemple du cautionnement », (2006) 47 *C. de D.* 429, 443 et 444.

37. *Infra*, titre 3, «Le solidarisme contractuel : pour une théorie générale du contrat basée sur les inégalités?».

38. *Infra*, section 3.2, «L'émergence souhaitée de la justice commutative».

à travers une analyse rigoureuse de ses définitions contemporaines.

2. Les définitions contemporaines du solidarisme contractuel

Plusieurs auteurs contemporains ont tenté de donner une définition du solidarisme contractuel. Pour l'essentiel des définitions, nous relevons curieusement deux principaux éléments fédérateurs, soit la bonne foi et la fraternité contractuelles, sur lesquels nous nourrissons des réserves quant à leur efficacité³⁹. Nous nous interrogeons davantage sur la distinction que fait Madame Courdier quant aux notions de prise en compte et de prise en charge dans sa définition du solidarisme contractuel⁴⁰ (2.1). De la différence entre ces deux notions, nous en venons à nous demander si le solidarisme contractuel ne serait pas purement et simplement une traduction de la lisibilité contractuelle requise des contractants tout au long du processus obligationnel (2.2).

2.1 Les définitions contemporaines du solidarisme contractuel : fraternité, prise en compte ou prise en charge des attentes légitimes du cocontractant?

Plusieurs définitions contemporaines du paradigme de solidarisme contractuel expliquent cette doctrine par le concept de fraternité (2.1.1). Cette approche qui est fortement critiquée a permis à Courdier de proposer une autre définition tirée de la distinction qu'elle fait des notions de prise en compte et de prise en charge (2.1.2).

39. *Infra*, sous-section 2.1.2.1, «Déficit d'efficacité de la notion de prise en compte dans la définition du solidarisme contractuel».

40. A.-S. COURDIER-CUISINIER, préc., note 15, n° 503-504, p. 316-317.

2.1.1 La définition du solidarisme contractuel par le concept de fraternité

Plusieurs auteurs contemporains ont tenté de définir le solidarisme contractuel. Pour Thibierge-Guelfucci : « Par delà la nécessité quantitative d'un relatif équilibre des prestations et d'une quête d'égalité réelle des parties, se dessine aujourd'hui une aspiration qualitative qui conduit à se soucier de l'autre et de ses intérêts, à mettre ses forces en commun au service du contrat, en une exigence d'une sorte de solidarité, voire de fraternité »⁴¹. Pour François Diesse : « La coopération limitée à la forme contractuelle est, quant à elle, plutôt une expression de la solidarité entre les parties, cristallisée par une sorte *d'affectio contractus* ou de *jus fraternitatis* qui constituent la détermination des contractants à s'engager dans une œuvre plus ou moins commune »⁴². Selon Alain Sériaux :

[l]a bonne foi [...] c'est, répétons-le, la bonne volonté, la loyauté, le souci de se dépenser au profit de son cocontractant, de collaborer avec lui, de lui faciliter la tâche, en un mot de l'aimer comme un frère. [...] L'irruption du devoir de bonne foi dans les relations contractuelles opère ainsi un bouleversement radical. Le contrat n'est pas, ne peut pas être un simple point d'équilibre mettant un terme à une négociation conflictuelle entre deux personnes qui s'entendent parce qu'elles ne peuvent pas faire autrement. Il devient un haut lieu de sociabilité et d'amitié où chacune des parties tâche de rendre toute justice à l'autre. C'est heureux⁴³.

Denis Mazeaud opte pour une trilogie, il pense que désormais, « Loyauté, solidarité, fraternité » constituent ce qu'il

-
- 41. Cathérine THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », (1997) 32 *R.T.D.C.* 357 et 376.
 - 42. François DIESSE, « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », (1999) 43 *A.P.D.* 259 et 265.
 - 43. Alain SÉRIAUX, *Droit des obligations*, 2^e éd., Paris, P.U.F., 1998, n° 55, p. 229-231.

appelle : la nouvelle devise contractuelle⁴⁴. Quant à Mestre, « [a]u souci contemporain d'équilibre contractuel, justifiant une intervention unilatérale de rééquilibrage au profit de la partie considérée en situation d'infériorité, pourrait bien, demain, se substituer un esprit de collaboration, plus riche parce que naturellement bilatéral »⁴⁵.

Si tous les auteurs qui définissent le solidarisme contractuel soutiennent l'idée de coopération, il y a tout de même deux autres idées qui les fédèrent : la fraternité et la bonne foi. Ce qui fait dire à une auteure qu'une telle conception de la bonne foi, élargie aux concepts de solidarité ou de fraternité, ne peut être conciliée avec les éléments fondamentaux de la relation contractuelle que sont les principes de liberté, de responsabilité et de justice commutative, qui sont à la base de la coexistence des droits et des intérêts⁴⁶. La bonne foi n'est pas assimilable à un devoir de solidarité. Opérer une mutation de la bonne foi vers le devoir de fraternité reviendrait à créer un préjudice tout aussi préoccupant que celui que l'on veut faire disparaître⁴⁷. Cette critique est partagée par d'autres auteurs de la doctrine libérale⁴⁸ et même par les défenseurs du solidarisme contractuel⁴⁹. Une partie de la doctrine libérale conteste l'idée même de solidarité dans les relations contractuelles. Ainsi, Mignot affirme que la

44. Denis MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle? », dans Philippe ARDANT (dir.), *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, P.U.F., 1999, p. 609.

45. Jacques MESTRE (1986) *R.T.D.C.* 102, cité par Laurent LEVENEUR, « Le solidarisme contractuel : un mythe », dans L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), préc., note 1, 173, 177.

46. Marie-Annick GRÉGOIRE, *Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi comme instrument de justice*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 185-188.

47. *Id.*

48. François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 10^e éd., Paris, Dalloz, 2009, n° 42, p. 44; Jean-Pascal CHAZAL, « Les nouveaux devoirs des contractants : Est-on allé trop loin? », dans Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD (dir.), préc., note 6, p. 122; Jean CARBONNIER, *Les obligations*, 22^e éd., Paris, P.U.F., 2000, p. 227, cité par L. LEVENEUR, préc., note 45, p. 177.

49. C. JAMIN, préc., note 28, p. 442; C. JAMIN, préc., note 1, p. 162.

solidarité s'oppose à la justice commutative, en ce sens qu'elle est une constante recherche de déséquilibre, tandis que la justice commutative est une recherche permanente d'équilibre. Il soutient aussi que la solidarité s'oppose à l'utilité, dans la mesure où l'utilité suppose une quête permanente de la maximisation des intérêts égoïstes, alors qu'elle requiert un réel désintéressement des choses matérielles. La vraie nature de la solidarité est qu'elle relève de la gratuité, c'est-à-dire un don au sens sociologique du terme⁵⁰. Cette analyse de l'auteur a été reprise par la professeure Grégoire⁵¹.

Il serait presque illusoire, tant sur le plan théorique que dans la réalité pratique, de prétendre que les contractants se doivent réciproquement ou peuvent se prescrire des sentiments fraternels. La fraternité ne se décrète pas. Elle ne saurait faire l'objet d'une contractualisation. La mise en œuvre de la fraternité, qui est un devoir sentimental par excellence, commande logiquement que les intéressés s'aident mutuellement. Par contre dans un rapport obligationnel, l'entraide, perçue en défaut de toute morale ou de toute considération d'ordre sentimental, est inséparable du lien de solidarité. La solidarité est alors considérée comme étant « consubstantielle »⁵² à la relation d'intérêts.

Il ne s'agit donc pas de poser un regard miséricordieux sur la partie qui se trouve en situation de vulnérabilité, mais d'accomplir le devoir obligationnel de solidarité que le contrat impose. Mais de quelle manière?

2.1.2 La définition du solidarisme contractuel par les concepts de prise en compte et de prise en charge

Plusieurs fois défini, mais mal défini, la meilleure distinction entre le solidarisme contractuel et le volontarisme

50. Marc MIGNOT, « De la solidarité en général, et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité? », (2004) 4 *R.R.J.* 2153, 2159-2160.

51. M. A. GRÉGOIRE, préc., note 46, p. 189.

52. A.-S. COURDIER-Cuisinier., préc., note 19.

individualiste est l'œuvre de Courdier. Si sa définition de la prise en compte trouve notre accord (2.1.2.1), il en est autrement pour celle relative à la notion de prise en charge que nous jugeons excessive (2.1.2.2).

2.1.2.1 Le déficit d'efficacité de la notion de prise en compte dans la définition du solidarisme contractuel

Dans sa contribution à la lutte contre les déséquilibres et les inégalités contractuelles, Courdier retient la notion de prise en compte comme étant la formule représentative de toute la philosophie volontariste et individualiste du contrat. Les individus à la relation contractuelle sont tenus de veiller, chacun en ce qui le concerne, à la sauvegarde de leurs propres intérêts. Soucieuse d'un minimum de transparence, la doctrine libérale recommande aux parties au contrat une certaine honnêteté, en leur imposant des règles caractérisées principalement par des comportements de nature négative : les obligations de ne pas faire⁵³. Reprises par différents codes civils, principalement en ce qui concerne les vices de consentement⁵⁴, la bonne foi⁵⁵ ou l'obligation de renseignement⁵⁶, ces obligations de ne pas faire font interdiction aux parties d'afficher des comportements préjudiciables aux intérêts de l'une d'entre elles. Il peut alors s'agir, par exemple, de l'interdiction de garder par-devers soi des informations qui sont déterminantes pour le consentement de l'autre partie, ou encore d'user de tromperies. La jurisprudence a souvent sanctionné ce genre de comportements au nom de la bonne foi⁵⁷.

Tout ce déploiement doctrinal, législatif et jurisprudentiel, se résume en la nécessité du respect des intérêts de chaque partie au lien obligationnel, bien qualifié par Courdier de *prise en*

53. A.-S. COURDIER-CUISINIER, préc., note 15, n° 506-507, p. 317.

54. Art. 1399 C.c.Q.; Art. 1109 C.c.F.

55. Art. 6, 7 et 1375 C.c.Q.; Art. 1134 al. 3 C.c.F.

56. Art. 2345 C.c.Q.

57. *Banque Nationale du Canada c. Soucisse et autres*, [1981] 2 R.C.S. 339; *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554.

compte. La notion de prise en compte serait alors la faculté de collaborer avec son cocontractant de manière purement objective, de se limiter à un minimum de coopération qui consiste à fournir à l'autre partie des informations ou renseignements essentiels qui lui permettront de s'engager en bonne connaissance de cause. Elle serait aussi l'exécution fidèle du contenu du champ contractuel *stricto sensu*. Elle fait appel à la conscience individuelle de chaque partie en faveur du respect des intérêts de l'autre⁵⁸. La *prise en compte* ne saurait servir de base aux devoirs positifs comportementaux. Une telle entreprise ne pourrait être réalisée qu'au prix de la déformation de la notion même de bonne foi. Courdier fait de l'exemple du devoir de coopération une démonstration adéquate de cette réalité. Ce devoir « [...] constitue un degré supérieur dans le comportement [...] Il traduit l'idée d'agir conjointement avec quelqu'un, l'action de participer à une œuvre commune. Or la bonne foi ne recèle pas intrinsèquement une telle idée. Elle implique de la part de chaque contractant qu'il agisse de telle ou telle manière avec l'autre »⁵⁹.

À rebours de la conception volontariste et individualiste du lien contractuel, propriété exclusive des cocontractants, la perception solidariste fait du contrat un fait social, un instrument de cohésion sociale⁶⁰. Ainsi, dans le souci du renforcement de la protection de l'équilibre contractuel, Courdier propose à l'opposé de la notion de « prise en compte », le concept de « prise en charge ». Pourtant, il nous semble indiquer de s'en démarquer quelque peu de par son caractère excessif.

2.1.2.2 Le caractère excessif de la notion de prise en charge dans la définition du solidarisme contractuel

Courdier propose de se démarquer de la bonne foi et de son fondement, la doctrine volontariste et individualiste, pour

58. A.-S. COURDIER-CUISINIER, préc., note 15, n° 507, p. 317.

59. *Id.*, n° 510, p. 319.

60. C. THIBIERGE-GUELFUCCI, préc., note 41, p.364; C. JAMIN, préc., note 28, p. 447; R. DEMOGUE, préc., note 12, n° 13, p. 26-28.

s'approprier le concept de prise en charge qui est la construction parfaite du solidarisme contractuel.

Selon l'auteure :

Disons-le d'emblée [...], « *respecter ne signifie pas assumer : il s'agit d'une prise en compte, non d'une prise en charge* ». Là réside la différence entre la bonne foi et le solidarisme contractuel. La première exige des parties le respect de l'intérêt de l'autre; le second se caractérise entre autres par une prise en charge réciproque par les parties de l'intérêt de l'autre. Il existe par conséquent une différence de degré entre les deux. La première impose aux parties de tenir compte dans leur comportement de l'intérêt de l'autre alors que le second consiste à ériger l'intérêt d'une partie dans l'objet du comportement de l'autre⁶¹.

La notion de prise en charge représenterait davantage la philosophie solidariste des rapports d'intérêts, en ce qu'elle implique nécessairement une approche intersubjective. La partie forte sonde la subjectivité de l'autre, en essayant, autant que possible, de satisfaire ses attentes contractuelles en la conseillant dans ses choix d'options.

Nous trouvons excessive l'utilisation de la notion de prise en charge. Certes, la prise en charge implique le conseil, la mise en garde, mais elle pourrait aussi très bien s'assimiler à une reconnaissance de fait de l'impossibilité notoire de la partie en situation de vulnérabilité à pouvoir s'assumer. Procédons par analogie afin de comprendre la distance que nous prenons à l'égard du concept de « prise en charge » dans les relations obligationnelles.

Les maisons de retraite accueillent régulièrement les personnes ayant déjà satisfait à toutes les étapes naturelles du processus de vie d'un individu : naître, grandir et vieillir. Ces

61. A.-S. COURDIER-CUISINIER, préc., note 15, n° 503, p. 316.

personnes arrivent souvent dans ces lieux au moment où elles commencent à accuser une perte d'autonomie fonctionnelle, un sérieux déficit d'indépendance d'exercice. Parmi elles, il y en a qui n'ont plus pour seule raison de vivre que le souffle de vie, tellement elles sont fatiguées, dominées par la maladie parfois, que les maisons de retraite qui les accueillent assurent à leur endroit, par le moyen de leurs préposés, une véritable prise en charge qui consiste en l'accomplissement en leur faveur des actes les plus élémentaires de la vie, tels que : se nourrir, se vêtir, ou encore faire sa toilette. Les maisons de retraite veillent alors sur elles jusqu'au retrait de leur souffle vital. Toutefois, ces résidences ne peuvent le faire que moyennant une rémunération qui leur est versée soit par l'État, soit par les familles des personnes concernées ou par ces dernières elles-mêmes. L'exécution des prestations contractuelles se fait alors sur la base d'un accord de prise en charge de cette catégorie de personnes revenues à la solde de la société. Une situation qui nous rappelle la vulnérabilité d'un nouveau-né, totalement abandonné au bon vouloir de ceux et celles qui ont en charge son accueil dans la famille, la société, et qui assurent son autonomisation⁶².

Si de tels contrats de prise en charge existent, force est de relever que nous sommes très loin de penser ou d'affirmer que pour des personnes en pleine possession de leurs capacités, des individus encore en activité, l'on puisse parler à leur endroit des relations contractuelles de prise en charge des intérêts de la partie en difficulté. Les rapports d'obligations, transactionnels ou relationnels, nécessitent que chacune des parties s'investisse, dans une logique de collaboration, à la réalisation d'une œuvre commune : le contrat. Certes, l'une des parties peut se trouver dans une position de privilégiée. En vertu de cette situation, elle devra veiller à la réalisation des attentes légitimes de son cocontractant. Elle agira ainsi en quittant la sphère des simples obligations de ne pas faire pour celle des obligations de faire.

62. Louis DUMONT, *Homo Hierarchicus. Le système des castes et ses implications*, Paris, Gallimard, 1979, p. 18.

Par le truchement de la doctrine solidariste, il est possible de renforcer la légitimité du principe de l'autonomie de la volonté car, toutes réserves faites⁶³, elle reste à la source des relations obligationnelles⁶⁴. Il s'agit simplement d'un fil fédérateur qu'il faut établir entre la philosophie libérale du contrat et le solidarisme contractuel. Dans la recherche de ce moyen, moins que du concept de *prise en charge*, il nous semble plus indiqué d'opter pour la notion de lisibilité du lien obligationnel. Parce que la lisibilité installe davantage les parties dans une logique de dialogue en plus de responsabilité, elle reste le meilleur moyen de rendre la volonté de chaque partie réellement autonome.

2.2 Le solidarisme contractuel : nécessaire lisibilité du lien obligationnel

La lisibilité du contrat ou des relations obligationnelles se traduit en termes d'aptitude à comprendre les agissements du cocontractant, d'accéder à l'intelligibilité de son propos, de ses agissements, ou encore de saisir discursivement le sens ou la finalité de son action. Procurer la lisibilité à autrui est le fait de lui permettre d'accéder à la compréhension de nos agissements. Le

63. « Devenir "autonome" représente un processus qui s'apprend et qui est soumis non seulement aux aléas de la socialisation, mais aussi à la personnalité de l'individu. Bref, tout le monde n'arrive pas à développer (ou à optimiser) les ressources dont il a besoin pour se livrer aux considérations, jugements, calculs, etc., essentiels, ou à tout le moins pertinents, au fonctionnement de la société. Il s'ensuit que l'autonomie ne peut pas être pensée "en bloc", mais seulement dans toute sa relativité. En fait, l'autonomie se confirme en tant qu'aptitude personnelle, et donc aussi compétence cognitive »; B. MELKEVIK, préc., note 33, p. 10.

64. Jacques GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », (1981) 26, *A.P.D.* 35, 39; C. THIBIERGE-GUELFUCCI, préc., note 41, p. 374; Jean CARBONNIER, *Droit civil. Les biens. Les obligations*, vol. 2, Paris, P.U.F., 2004, n° 931, p. 1945; Jean CÉDRAS, « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », *Publications de la Cour*, en ligne <http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2003_37/deuxieme_partie_tudes_documents_40/tudes_diverses_43/doctrine_devant_6260.html> (Page consultée le 06 janvier 2014); C. JAMIN, préc., note 28, p. 448.

concept de lisibilité est alors la faculté pour les parties de comprendre les tenants et les aboutissants de leur engagement, d'avoir une lecture adéquate du contrat, de contracter en bonne connaissance de cause ou d'avoir une compréhension partagée du rapport d'intérêts qui associe concrètement les attentes légitimes de toutes les parties. Elle suppose l'instauration d'un réel dialogue, qui conduit la partie en position de force à interroger la subjectivité de celle en situation de vulnérabilité. La lisibilité traduit alors la conciliation des intérêts respectifs des parties au lien obligationnel.

Cette conciliation des intérêts suppose la satisfaction des devoirs positifs comportementaux, les obligations de faire (2.2.1). Leur exécution permet la création d'un *nous contractuel*, le contrat devenant ainsi la propriété des parties (2.2.2).

2.2.1 La lisibilité contractuelle : une application systématique des obligations de faire

Les obligations de faire sont issues de la classification des obligations d'après leur objet qu'on retrouve dans beaucoup de manuels contemporains de droit des obligations⁶⁵. Elles sont définies comme étant celles pour lesquelles les personnes qui en sont débitrices sont tenues d'accomplir des actes positifs, dans le sens d'une collaboration commune à la réalisation des attentes légitimes de toutes les parties. La coopération contractuelle que réclamait Demogue⁶⁶ se retrouve aujourd'hui chez plusieurs auteurs contemporains⁶⁷. Elle représente la faculté pour chaque

65. Jean-Louis BAUDOUIN ET Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 7^e éd. par P.-G. JOBIN et Nathalie VÉZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, n° 32, p. 43; Didier LLUELLES ET Benoît MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2012, n° 77-81, p. 42-43; Jean PINEAU, Daniel BURDMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., par J. PINEAU ET S. GAUDET, Montréal, Éditions Thémis, 2001, n° 10, p. 16.

66. R. DEMOGUE, préc., note 22, p. 9.

67. F. DIESSE, préc., note 42; C. THIBIERGE-GUELFUCCI, préc., note 41, p. 376; A. SÉRIAUX, préc., note 43, p. 229-231; D. MAZEAUD, préc., note 44, p. 609; J. MESTRE, in *R.T.D. civ.*, 1986, p. 102, cité par L. LEVENEUR, préc., note 45, p. 177; A.-S. COURDIÉ-CUISINIER, préc., note 15, n° 529, p. 335.

contractant d'agir interactivement avec l'autre, de fonctionner de manière intelligible. L'obligation de coopération exige un niveau de normativité contractuelle relevé, irréductible à de simples obligations de ne pas faire, des obligations négatives qui consistent à faire de l'abstention la condition de l'équilibre obligationnel. L'exigence de collaboration élève la relation obligationnelle au niveau des obligations positives qui conduisent, non plus uniquement à respecter les attentes légitimes d'autrui en assurant la coexistence pacifique des intérêts, mais à rechercher leur réalisation par le moyen de la conciliation.

Dans ce sens, un auteur soutient :

Parce qu'elle découle de la recherche concertée d'une efficience sans cesse accrue, l'obligation de collaboration inscrit la normativité contractuelle dans un registre clairement supérieur à celui auquel la théorie néoclassique du contrat se réfère en invoquant les obligations générales de bonne foi ou de *fair dealing* dans la formation et l'exécution du contrat. Il ne suffit plus que les parties s'abstiennent d'une conduite préjudiciable à l'autre ou agissent conformément aux standards communément admis. Il leur incombe d'agir avec perspicacité et non seulement avec honnêteté, d'innover sans se contenter du rendement habituel, de promouvoir l'intérêt de l'autre sans se limiter au simple respect de ses droits, de travailler dans le sens du profit commun à long terme sans s'arrêter à un calcul du coût-bénéfice immédiat, d'entrer dans un rapport d'attachement mutuel où l'investissement requis des partenaires ne trouve plus de limite légitime dans l'invocation de l'indépendance juridique ou de l'autonomie organisationnelle⁶⁸.

L'un des exemples de l'exigence de coopération est celui des contrats informatiques. Lorsqu'un client acquiert du matériel

68. Jean-Guy BELLEY, « Théories et pratiques du contrat relationnel : les obligations de collaboration et d'harmonisation normative », dans *La pertinence renouvelée du droit des obligations : Back to Basics, Conférences Meredith 1998-1999 tenues à l'université McGill le 12 mars 1999*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, 137, 144.

informatique, il bénéficie d'une assistance du professionnel qui lui notifie régulièrement les mises à jour disponibles en lui montrant toutes les conséquences possibles de l'acceptation ou du refus par lui de leur exécution. Le consommateur de matériel informatique et le professionnel entretiennent alors une relation de collaboration à une œuvre commune, le contrat informatique qui les lie. Cet engagement du professionnel auprès de son client vise à faciliter la lisibilité de l'utilisation de son arsenal informatique, à lui assurer une jouissance durable qui puisse satisfaire au mieux ses attentes contractuelles. Un autre exemple du devoir de coopération est celui du contrat de franchise⁶⁹. Il s'agit d'un lien obligationnel établi entre un créancier, le franchiseur, et un débiteur, le franchisé. Le franchiseur qui se spécialise dans un domaine d'activités économiques précis procède au développement et à l'épanouissement de son entreprise par la mise à contribution de structures affiliées. Celles-ci s'engagent à exploiter leur commerce sous son label. Dans leur fonctionnement, ces structures sont tenues de respecter la politique commerciale définie par le franchiseur. Ainsi, les franchisés ne pourront faire leurs achats de marchandises et passer leurs commandes que dans la centrale de distribution tenue par celui-ci. Les prix de vente à la centrale d'achat et au niveau des franchises sont définis par le franchiseur, sous réserve d'une marge de manœuvre qui peut être reconnue aux franchisés dans le cadre de la vente finale de leurs produits aux clients. Le franchisé qui réussit à attirer le maximum de clientèle possible travaille dans l'optique d'une œuvre contractuelle commune. Il déploie tous ses efforts pour le succès de l'entreprise et s'investit rigoureusement à attirer, entretenir et fidéliser cette clientèle sous le nom commercial du franchiseur. Il met à contribution toute cette énergie dans l'optique d'atteindre le niveau de rendement, de chiffre d'affaires ou de bénéfice fixé par le franchiseur.

69. *BMW Canada inc. c. Automobiles Jalbert inc.*, 2006 QCCA 1068 (CanLII); *Realstar Hotel Services Corp. c. 3099-1103 Québec inc.*, 2005 QCCA 555 (CanLII); *9045-6740 Québec Inc. c. 9049-6902 Québec Inc.*, 2004 CanLII 31403 (QC C.A.); *Grill Dagenais Inc. c. Cara Opérations Ltée*, 2001 CanLII 5047 (QC C.A.); *Centre de distribution de la piscine Trans-Canada inc. c. Cibelle piscines et clôtures inc.*, 1988 CanLII 230 (QC C.A.).

À l'inverse, le franchiseur est tenu d'apporter au franchisé l'assistance technique nécessaire et de prendre toutes les mesures appropriées qui peuvent lui permettre de poursuivre de manière efficiente l'exploitation de sa franchise. Il devra alors tout mettre en œuvre pour le maintien de l'équilibre contractuel. Il doit notamment s'abstenir de se cantonner sur l'équilibre initial du contrat et entrer dans la dynamique de l'évolution de la relation. Cette évolution doit s'arrimer à la situation du marché, aux transformations des circonstances ou du milieu dans lequel la franchise est active. Toute attitude visant à porter préjudice aux attentes légitimes de l'une des parties doit être sanctionnée⁷⁰.

Cette collaboration s'impose dans les contrats de dépendance. Les parties se sont engagées dans des relations obligationnelles de longue durée. Il convient de remarquer ici que de tels contrats qui s'installent dans le temps ne sauraient obéir de bout en bout à l'autonomie initiale de la volonté. Par l'incomplétude du contrat qui peut être soit du fait des parties, soit totalement des circonstances indépendantes de leur volonté⁷¹, l'obligation de coopérer à la réalisation des attentes légitimes de chaque contractant s'impose. Chacune des parties a misé sur l'issue heureuse du rapport d'obligations. Il serait par conséquent illogique de rester figé sur la conception statique de l'autonomie de la volonté avec ses principes d'intangibilité, d'irrévocabilité et de

-
70. 9168-4241 *Québec inc. c. 9128-7755 Québec inc.*, 2008 QCCA 1877 (CanLII). Notre présentation du contrat de franchise comme étant à la fois une relation de pouvoirs et de coopération pourrait sembler contradictoire. Mais ce que nous voulons démontrer, c'est qu'une relation de pouvoirs n'est pas forcément une relation de dictature, l'attention devant être focalisée sur l'utilisation que fait la partie en position de force des prérogatives unilatérales qu'elle détient en vertu du contrat. La construction d'un contrat de franchise incite *a priori* à la collaboration, mais l'utilisation inadéquate qui est souvent faite des pouvoirs unilatéraux semble le classer parmi les relations contractuelles de dictature. Ce contrat qui incite par essence à une étroite collaboration peut donc s'avérer illusoire au niveau de l'équilibre contractuel.
71. Ninel ULLOA MAUREIRA, « Introduction du Concept Américain de Contrats Incomplets en Droit Civil Français », *Global Jurist Topics*, vol. 4 [2004], N° 3, Article 3, p. 5, en ligne : <<http://www.bepress.com/gj/topics/vol4/iss3/art3>> (consulté le 6 janvier 2014).

force obligatoire du contrat. Un auteur affirme dans ce sens : « Lorsque la logique du rapport contractuel se fait plus pédagogique que disciplinaire, il n'est pas exclu que la réflexivité du contrat serve à initier les parties à une nouvelle manière de faire confiance au lieu de rester prisonnières du rapport de confiance traditionnel »⁷².

Il s'agit pour la partie en position de force de se montrer intéressée par la subjectivité de l'autre en poussant sa collaboration jusqu'au conseil et autre mise en garde, d'être pour elle le remède à ses vulnérabilités. En ce sens, le solidarisme contractuel qui n'est pas synonyme de bilatéralité⁷³, favorise la création d'un *nous contractuel* qui fait véritablement du contrat la chose des parties.

2.2.2 La lisibilité contractuelle : pour la création d'un *nous contractuel* par les parties

L'équilibre contractuel n'existe pas, il reste et restera toujours un idéal. Toutefois, lorsque le déséquilibre devient une habitude, la nécessité de veiller sur les intérêts de tous ceux qui, selon les circonstances, se retrouvent en situation de vulnérabilité, s'impose. L'on parle alors de l'élimination des déséquilibres excessifs⁷⁴.

Pour lutter contre les déséquilibres, plusieurs solutions ont été retenues dans certains contrats spéciaux. L'on peut évoquer le droit de repentir dans le domaine de la consommation⁷⁵. Ici, la possibilité est reconnue à l'acquéreur, après un certain délai, de revenir sur sa décision de contracter, s'il estime que la chose objet

72. Jean-Guy BELLEY, *Le contrat entre droit, économie et société*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 292.

73. C. JAMIN, préc., note 1, p. 163.

74. Denis MAZEAUD, «Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel : ne risque-t-on pas d'aller trop loin?», dans Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD (dir.), préc., note 6, p. 137.

75. OLIVIER LITTY, *Inégalités des parties et durée du contrat. Étude de quatre contrats d'adhésion usuels*, Paris, L.G.D.J., 1999, n° 202, p. 168.

du contrat ne correspond pas à l'intérêt contractuel recherché. Nous pouvons également relever la protection spéciale accordée au locataire en matière de bail. Dans le cadre du contrat de bail d'habitation, le propriétaire de la maison mise en location peut exercer son droit de reprise en justifiant d'un intérêt d'occupation familiale, après la satisfaction à un délai de préavis⁷⁶. On peut pareillement retenir la protection économique reconnue à la caution, protection dualiste qui se résume aux bénéfices de discussion⁷⁷ et de subrogation⁷⁸.

Dans la nécessité de création d'un *nous contractuel*, l'élément catalyseur est celui de l'autonomisation de la volonté par le moyen de l'instauration d'un dialogue entre les parties. Le processus d'autonomisation de la volonté requiert des parties d'adopter une attitude intercompréhensive du rapport d'obligations. Cette option vise à permettre à chaque contractant de partager la réalité de la relation contractuelle avec le cocontractant. Selon le professeur Melkevik, « [p]our saisir le point d'ancrage de ce critère d'intersubjectivité, il faut le situer à l'intérieur de sa condition de possibilité, c'est-à-dire la philosophie du langage »⁷⁹. Il soutient alors que « [...] dans le cas de celui qui adopte une attitude communicationnelle, on entre dans une sphère d'intercompréhension où le langage sert à partager quelque chose "avec" quelqu'un d'autre »⁸⁰.

La doctrine solidariste affirme que les individus ne sont pas libres et égaux par nature. Elle ignore le monde de la métaphysique pour s'occuper concrètement de l'individu dans sa vulnérabilité. Les parties au contrat ne sont pas des êtres désincarnés. Il est nécessaire de les considérer comme des êtres incarnés, et donc susceptibles de vulnérabilités qui, elles-mêmes, lancent un appel à la protection de la partie en position de

76. *Id.*, n° 347-349, p. 277-279.

77. Art. 2347 C.c.Q.

78. *Id.*, art. 2365.

79. Bjarne MELKEVIK, *Horizons de la philosophie du droit*, Paris, L'Harmattan & Québec, PUL, 1998, p. 95.

80. *Id.*

faiblesse au contrat⁸¹, gage de la nécessaire conciliation des intérêts respectifs des contractants. L'individu et le sujet de droit ne sont pas séparés comme dans le volontarisme individualiste. La volonté demeure la base du contrat, mais une volonté soumise au droit social⁸². Comme le soulignait François Ewald :

Les politiques libérales étaient liées par l'impératif de toujours respecter l'ordre naturel; la découverte des solidarités interdit le maintien de cette référence. La société devra se construire contre nature. L'utopie libérale était que la société se dégraisse de tout ce qui la maintenait à distance de la nature et de sa nature, que le pouvoir, institution contre nature par excellence, poursuive son propre effacement; l'utopie solidariste est exactement inverse : la société ne sera jamais assez sociale; la nature l'empêche de coïncider avec elle-même; et, faute de pouvoir s'en affranchir, il lui revient de la maîtriser et de la lier au seul ordre qui lui convienne : celui qu'elle s'impose⁸³.

À l'analyse, il ressort que les parties au lien obligationnel doivent asseoir la légitimité de leur entente par le biais du dialogue qui favorise l'intercompréhension⁸⁴. La légitimité commune recherchée du contrat recommande que nous cessions de raisonner en « dogmaticiens »⁸⁵, car une autonomie de la volonté conçue de façade sera rétive à la force obligatoire du contrat. L'univers contractuel, en vertu du lien de solidarité, devrait faire

81. Christophe BOURRIER, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 2003, n° 12-13, p. 27-28.

82. « Selon Macneil [...] à l'encontre du paradigme classique, et malgré les efforts néoclassiques pour l'adapter tant soit peu à la réalité des contrats relationnels, on ne peut plus et on ne doit plus considérer l'échange des consentements et des promesses comme la source privilégiée, encore moins unique, de la projection dans le futur à laquelle se ramène fondamentalement le contrat. Sa théorie veut rendre compte pleinement de la normativité contractuelle, implicite autant qu'explicite, interne à la relation des parties ou provenant de l'environnement social », J.-G. BELLEY, préc., note 72, p. 303.

83. F. EDWALD, préc., note 14, p. 360.

84. B. MELKEVIK, préc., note 79, p. 95.

85. C. JAMIN, préc., note 1, p. 170.

plus cas des devoirs positifs comportementaux. Ainsi, à partir des obligations de coopération, de conseil et autre mise en garde, de dialogue, parvenir à l'établissement des relations contractuelles inégalitaires. On comprend alors ces écrits d'Edwald : « Le succès des doctrines de la solidarité tient à ce qu'elles [...] montraient comment la liberté pouvait générer une obligation positive de faire, et qui la préserve. Mieux encore, que cette obligation n'était pas seulement compatible avec la liberté, mais qu'elle était aussi sa condition. Cela supposait une transformation de la manière dont on posait le problème, c'est-à-dire une mutation épistémologique. Celle même que marque l'avènement du schéma de la solidarité »⁸⁶.

Le solidarisme contractuel constitue un événement remarquable à la lisière des XX^e et XXI^e siècles⁸⁷. Des auteurs lui reconnaissent la paternité de certains progrès en droit des contrats. Il peut s'agir de la naissance de certains droits spécifiques tels que le droit du travail, le droit de la consommation, le contrat d'assurance. Aussi, l'on estime que les obligations de renseignement et de conseil, la réticence dolosive ou encore l'obligation de sécurité proviennent de son influence⁸⁸. Ces avancées, aussi salutaires qu'elles soient, se limitent pour la plupart dans des protections de groupes, c'est-à-dire de certaines catégories sociales. Il s'agit de l'application de la justice distributive. Pourtant, le droit des contrats ne peut plus se satisfaire uniquement de la justice distributive, au regard de la forte contractualisation de la société.

Pour une protection efficace de l'équilibre contractuel et des intérêts de la partie en situation de vulnérabilité, plus que de justice distributive, il est davantage question de l'appropriation de la justice commutative. C'est une justice qui s'occupe pareillement

86. F. EDWALD, préc., note 14, p. 359. Voir aussi: C. JAMIN, préc., note 28, p. 472.

87. « En droit des contrats, la doctrine solidariste constitue, sans exagération, l'événement intellectuel de ces dernières années », M. MIGNOT, préc., note 50, p. 2153.

88. C. JAMIN, préc., note 27, p. 16.

de chaque individu quel qu'il soit, dès lors qu'il est placé dans des conditions de vulnérabilité. On parle alors du développement d'une théorie générale des relations contractuelles basée sur les inégalités.

3. Le solidarisme contractuel : pour une théorie générale du contrat basée sur les inégalités?

L'idée de l'instauration d'une théorie générale du contrat basée sur les inégalités n'est pas nouvelle. Elle est au centre d'une discussion qui anime les juristes depuis près de deux siècles. La question s'est toujours posée de savoir s'il fallait considérer les contractants comme étant abstraitement égaux, ou alors les classer en fonction de leurs inégalités effectives, gage de la protection du cocontractant le plus faible⁸⁹. Dans la première moitié du XX^e siècle par exemple, le courant réaliste aux États-Unis insistait sur la nécessité pour les juges de prendre des distances vis-à-vis de la rigidité des règles juridiques qui gouvernent les relations obligationnelles, pour s'intéresser davantage aux données concrètes et à la portée de leurs décisions⁹⁰. Cette compréhension du rapport d'obligations a été reprise aux États-Unis dans la deuxième moitié du XX^e siècle, par les *Critical Legal Studies*. Pour ce mouvement, les règles sur les incapacités, limitativement énumérées, assurent une protection dérisoire de l'équilibre contractuel. Le juge devrait davantage faire cas de la qualité du consentement, la nécessité de l'échange, le pouvoir de contracter des parties ou encore leur inégalité. Ce qui permet de préserver l'équilibre obligationnel, à travers le contrôle du choix politique de la liberté contractuelle qui favorise les classes riches⁹¹. Dans l'ensemble, aux XIX^e et XX^e siècles, des auteurs ont démontré l'importance d'une mutation de la philosophie obligationnelle volontariste et individualiste vers le

89. Denis BERTHIAU, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, Paris, L.G.D.J., 1999, n° 26, p. 15.

90. Muriel FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Contrat et engagement unilatéral*, Paris, P.U.F., 2008, n° 44, p. 96-97.

91. *Id.*, n° 44, p. 97.

social, base essentielle de la lutte contre les déséquilibres et les inégalités⁹².

Déjà amorcée par l'adoption et la mise en œuvre de la justice distributive (3.1), la socialisation de la théorie générale du contrat et du droit des contrats commande davantage aujourd'hui l'appropriation et la mise en application de la justice commutative (3.2), socle idoine de l'égalisation de tous les contractants au droit par le moyen de l'instauration d'un droit des relations contractuelles inégalitaire⁹³. L'objectif recherché n'est pas de combattre systématiquement le caractère inégalitaire des relations d'intérêts, mais de l'accepter comme une réalité vivante, pour ensuite la soumettre au contrôle dynamique de l'équilibre contractuel⁹⁴.

3.1 La reconnaissance affirmée de la justice distributive dans les relations contractuelles

Réaction législative à la toute-puissance de l'autonomie individualiste de la volonté, quels sont les caractères qui confèrent à la justice distributive une valeur juridique réelle? Quelle peut être l'étendue concrète de son domaine de compétence au regard des pratiques contractuelles contemporaines? À partir de la recherche et de la justification de ses caractéristiques (3.1.1), nous pourrions arriver à délimiter son domaine de compétence et par là, réussir à révéler ses limites, dans l'équilibre qu'elle est censée apporter au lien obligationnel (3.1.2).

3.1.1 La justification de la justice distributive dans le domaine contractuel

L'introduction de la justice distributive dans les relations contractuelles représente une intervention adéquate du législateur

92. Emmanuel GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, Arthur Rousseau, 1912; R. DEMOGUE, préc., note 12.

93. J. CÉDRAS, préc., note 64.

94. G. TABI TABI, préc., note 20, p. 144 et ss.

dans la lutte contre les inégalités et les déséquilibres. Le professeur Ghestin définit la justice distributive en ces termes :

La justice distributive consiste à remettre à chacun la part qui lui revient, selon la Nature diront les uns, selon les impératifs sociologiques et économiques ou selon la volonté de l'État diront les autres. *A priori*, la justice distributive pourrait conduire à remettre à tous les membres du corps social une part égale. L'égalité est la forme la plus évidente de la justice, ou plus exactement la forme la plus apparente. La réalité est plus complexe. En fait, parce que la situation de chaque individu dans la société est différente, cette distribution, pour être juste, est inégale. L'égalité consistera seulement à remettre la même part à tous ceux qui se trouvent dans la même situation⁹⁵.

Au regard de cette définition, il ressort que la justice distributive est une justice qui s'occupe des individus en considération de leur appartenance à une catégorie sociale donnée. Il peut alors s'agir des consommateurs, des travailleurs ou des locataires. Par le moyen des dispositions législatives à caractère d'ordre public, la justice distributive, toute réserve faite⁹⁶, protège les intérêts légitimes de la partie qui se trouve en difficulté.

Réaction historique en ce qu'elle représente une intervention législative d'envergure face à la puissance dogmatique de l'autonomie de la volonté, la justification de la justice distributive passe par une analyse de ses éléments caractéristiques. Ceux-ci, mis à contribution, nous permettront de comprendre discursivement la transformation par exception de la théorie générale du contrat, afin de cerner davantage les illusions que renferme aujourd'hui la relation contractuelle.

95. J. GHESTIN, préc., note 64, p. 46.

96. Cette justice distributive apporte aussi son lot de difficultés dans les différents domaines où elle s'applique. Voir dans ce sens : Michèle CUMYN, « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle : leurs finalités, leur efficacité », (2007) 41 *R.J.T.* 1, 84-85.

François Ewald définit trois grandes caractéristiques du droit social dont nous nous permettons de faire l'exégèse. En premier lieu, l'auteur déclare :

C'est un droit qui s'adresse moins aux individus pris isolément qu'en tant qu'ils appartiennent à un groupe, une classe, une catégorie socioprofessionnelle. Principe de démultiplication ou de spécialisation du droit, à la fois horizontale et verticale : non seulement chaque groupe, chaque activité est en posture d'être régie par un droit dérogatoire, mais les droits sociaux sont des droits distributifs : ce sont des droits de certains qui se trouvent dotés d'une créance légale contre d'autres qui n'ont pas les mêmes droits, selon le principe d'une mise en balance du pouvoir et des droits. Les sujets de droit sont des sujets qualifiés en fonction de la situation particulière qu'ils occupent : le droit social est un droit *réaliste*, un droit qui, au-delà des catégories juridiques jugées abstraites, va prendre en compte, décrire et redoubler la réalité. C'est un droit des *groupes*, qui identifie les individus à partir des caractéristiques des groupes auxquels ils appartiennent, qui recherche l'organisation juridique des groupes, avec cette virtualité qu'il ne soit jamais qu'un droit fait par des groupes contre d'autres groupes⁹⁷.

Cette première grande caractéristique indique clairement que la justice distributive ne s'occupe pas de l'individu en tant que personne à part, ayant ses propres attentes contractuelles, mais en qualité unique de membre d'un groupe, d'une catégorie juridique préalablement reconnue. Il s'agit de la consécration de ce qu'il est convenu d'appeler une protection de groupe, la défense des intérêts de la partie vulnérable ne lui étant assurée que relativement à son appartenance à ce groupe.

Un tel raisonnement sur le lien obligationnel suppose concrètement une importante masse critique qui manifeste son mécontentement au point de susciter l'intervention de l'État, au

97. F. EDWALD, préc., note 14, p.451.

nom de la préservation de l'ordre social. Ce qui signifie *a contrario* qu'aucune protection substantielle des intérêts légitimes de la partie en situation de vulnérabilité au contrat n'est assurée, lorsqu'il s'agit d'un rapport contractuel ne rentrant pas dans le cadre des relations de groupe. Cette attitude peut valablement s'assimiler à une prime faite à la philosophie libérale volontariste et individualiste de continuer à faire entorse à l'équilibre contractuel partout où ne se développe pas une suffisante masse critique susceptible de menacer la stabilité des institutions étatiques.

François Ewald définit une deuxième caractéristique du droit social en ces termes :

En conséquence – et c'est la deuxième grande caractéristique du droit social – ce n'est plus un droit de l'égalité, dont la règle de jugement passe par l'égalité des droits, mais, au contraire, un droit des *inégalités*, un droit discriminatoire, un droit des préférences. Un droit qui prend en compte, dans sa technique, dans sa formulation, les différences, les disparités, les forces en présence, qui les mesure et tient compte de leurs quantités respectives. En cela, on ne peut qu'être frappé de son éloignement d'avec les principes classiques du droit, en particulier cette règle fondamentale de jugement juridique qu'il fallait, quelles que soient les inégalités de fait, juger en fonction du principe d'une égalité des volontés. [...] Ce droit, pour être juste [...] doit être, en quelque sorte, disproportionné. Il n'a plus tant pour objectif d'établir un ordre de coexistence au-delà des différences et des particularités individuelles que de rétablir des équilibres défaits, de compenser des inégalités, favoriser les faibles par rapport aux forts⁹⁸.

Au regard de cette deuxième caractéristique, il est clair que par le moyen de la justice distributive, le droit social intègre principalement le caractère inégalitaire du lien contractuel dans ses plans. Ceci pour contrer des inégalités de faits qui peuvent

98. *Id.*

porter préjudice aux attentes légitimes d'une des parties au contrat. Il s'agit de restaurer l'équilibre perdu dans une relation contractuelle où l'une des parties, de par ses défaillances propres, n'a pu exprimer valablement l'autonomie de sa volonté. À la réserve faite que cette protection dont la partie vulnérable jouit ne lui est reconnue que pour autant qu'elle appartient à un groupe préalablement défini, et non en sa simple qualité de contractant. Autrement dit, ce droit cesse de s'appliquer en l'absence d'une situation individuelle ou collective qui rentre dans les prescriptions d'une catégorie reconnue.

Ewald expose la dernière grande caractéristique du droit social en ces termes :

Le droit social est nécessairement un droit à base de *sociologie* – et non de philosophie comme le droit civil classique –, dans la mesure même où la sociologie s'est historiquement constituée comme critique de la philosophie, de ses abstractions et de sa métaphysique, au profit d'une appréhension des sujets et des groupes sociaux qui les saisisse dans leur réalité concrète. La sociologie est organique au droit social; elle lui offre le type de savoir dont il a besoin, en ceci qu'il est de la compétence de la sociologie d'appréhender la « société », de la décomposer en ses éléments constitutifs, de la diviser selon les lignes de force qui sont socialement et politiquement pertinentes. [...] il n'y a pas, comme les promoteurs du droit social l'avaient eux-mêmes revendiqué, de droit social sans sociologie ni peut-on ajouter, sans sociologie du droit lui-même⁹⁹.

La sociologie apporte au droit une vision pratique. De par les réalités observées, cette vision recherche une production concrète du sens des normes juridiques, et non un attachement mécanique à des présupposés absolus¹⁰⁰. Elle a ainsi révélé dans l'histoire des relations de travail l'existence des classes sociales¹⁰¹.

99. F. EDWALD, préc., note 14, p. 451-452.

100. J.-G. BELLEY, préc., note 72, p.1.

101. C. JAMIN, préc., note 28, p. 444.

Elle est au cœur du discours du solidarisme contractuel qui promeut un examen concret des situations contractuelles, une étude du contrat basée sur sa qualification de lien social¹⁰².

De l'analyse de toutes ces caractéristiques du droit social, il ressort que dans son essence, il s'agit d'un droit des relations contractuelles inégalitaires. Ce droit des inégalités, pour être opérationnel, requiert une logique de groupes sociaux, on parle alors de l'application de la justice distributive¹⁰³.

Le droit social, pour être distributif, ne couvre pas l'ensemble des frustrations aujourd'hui enregistrées dans les relations obligationnelles. Il s'agit d'un droit social orienté ou encore d'une justice distributive cloisonnée, largement dépassée par les transformations contemporaines du phénomène contractuel.

3.1.2 Le cloisonnement de la justice distributive dans le domaine contractuel

Aux premières heures de sa mise en application, la justice distributive s'est développée dans le domaine du droit du travail, puis dans la sphère du droit de la consommation¹⁰⁴.

Prototype du principe libéral de l'autonomie de la volonté, le contrat de travail par essence ne s'occupe pas des situations de fait ou de la réalité pratique des individus au rapport d'obligations. Parce que les contractants ne sont pas considérés en fonction de leurs différences personnelles, plutôt en considération de leur seule et unique qualité d'individus ontologiquement libres et égaux, les prestations contractuelles qu'ils ont consenties s'imposent à eux. Peu importe alors la forme du contrat : qu'il soit, par exemple, de gré à gré ou d'adhésion, ce que la volonté a voulu,

102. L. DUMONT, préc., note 62, p. 19-20.

103. C. JAMIN, préc., note 27, p. 25.

104. Christophe RADÉ, « Le solidarisme contractuel en droit du travail : mythe ou réalité? », dans L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), préc., note 1, p. 75; F. EDWALD, préc., note 14, p. 452.

elle doit l'exécuter. Ainsi, quelle que soit la puissance du chef d'entreprise ou la vulnérabilité du travailleur dans la relation de travail, seul le respect des engagements souscrits compte dans la relation de travail.

La justice distributive aura donc infiltré le droit du travail traditionnellement bâti sur l'autonomie de la volonté, pour le faire renaître dans les rapports obligationnels avec une suffisante largeur de vues. Le déficit de considération des attentes légitimes de la classe ouvrière a conduit à l'adoption de certaines mesures législatives visant à préserver la cohésion sociale. La sécurité au travail des employés est assurée par l'employeur qui ne doit plus abandonner ses salariés à eux-mêmes. De même, se sont développées dans le monde du travail, la pratique syndicale et la négociation des conventions collectives¹⁰⁵. La justice distributive a donc réussi à instaurer, dans les relations contractuelles de groupes, une sorte de coopération ou de collaboration entre les différentes parties prenantes. Le souci de voir réaliser les attentes contractuelles de toutes les parties à un contrat de travail a conféré au législateur le pouvoir d'intervention au cœur même de la relation obligationnelle, afin de veiller au respect de l'équilibre contractuel.

À la suite des relations de travail, la justice distributive a trouvé un autre domaine de prédilection, celui du droit de la consommation. Initialement très personnalisées dans les zones rurales qui abritent l'essentiel de la population, les relations entre les fournisseurs et les consommateurs se sont avérées en net décalage avec le développement industriel et commercial. Le droit de la consommation préconise l'application, dans les relations obligationnelles, des principes du solidarisme contractuel. Il recherche ainsi l'équilibre ou la conciliation des intérêts opposés, respectivement ceux des producteurs et des distributeurs d'une part, et ceux des consommateurs d'autre part¹⁰⁶. L'on relève donc

105. C. RADÉ, préc., note 104, p. 80.

106. Guy RAYMOND, « Solidarisme contractuel en droit de la consommation », dans L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir), préc., note 1, p. 108; F. EDWALD, préc., note 14, p. 453.

l'existence de certaines règles qui visent à protéger les intérêts de la partie en difficulté dans un contrat de consommation, contrat d'adhésion par excellence.

Par la mise en œuvre de ce droit spécial, le droit de la consommation, il est désormais possible au consommateur de révoquer son consentement, en conformité avec certains délais préalablement fixés. Le consommateur jouit ainsi d'un délai de réflexion au terme duquel il peut ou non, à sa convenance, faire jouer son droit de repentir ou de rétractation. Ce qui lui permet de revenir sur son consentement lorsque la transaction réalisée ne lui procure pas la satisfaction recherchée¹⁰⁷. Si le consommateur jouit en aval d'un droit de repentir, il bénéficie en amont de la protection du juge. Celle-ci est matérialisée par le pouvoir qui est désormais reconnu aux juridictions d'éradiquer les clauses abusives du champ contractuel¹⁰⁸. On parle alors de la *judiciarisation* du droit de la consommation¹⁰⁹. Les consommateurs, représentés par les organisations de consommateurs, se trouvent protégés dans leurs transactions avec les professionnels.

Toutes ces règles protectrices de la partie jusqu'ici qualifiée de faible, parce que profane dans ce domaine de la consommation, mettent en déroute la sécurité juridique classique du lien obligationnel prise en ses principes d'irrévocabilité et d'intangibilité¹¹⁰. Irrévocabilité parce qu'en vertu de la force obligatoire du contrat, une fois celui-ci conclu, il ne peut plus

107. Exemples : Arts. 54.8, 59, 73 L.p.c.

108. Art. 1437 al. 2 C.c.Q.

109. *Gestess Plus (9088-0964 Québec inc.) c. Harvey*, 2008 QCCA 314; *Légaré c. Industrielle Alliance (L), assurances et services financiers inc.*, 2007 QCCA 1840; *Théberge c. Lévesque*, 2007 QCCA 898; *Lemieux c. Marsh Canada Ltée*, 2005 QCCA 1080; *91133 Canada Ltée. c. Groupe Thibault Van Houtte & Associés Ltée.*, [2003] R.J.Q. 753, (C.A.); *Bergeron c. Sogidès Ltée*, 2000 CanLII 9657 (QC C.A.); *Sabourin c. Dostie*, 2000 CanLII 11311 (QC C.A.); *Boivin c. 2955-0555 Québec inc.*, [1999] R.J.Q. 1932, (C.A.); *Entreprises Alain Lévesque inc. c. Nettoyeur Magique Ltée*, 1996 CanLII 6162 (QC C.A.); *Bélanger c. Banque royale du Canada*, [1995] R.J.Q. 2836, (C.A.); *Informatique vidéotron Ltée c. Côté*, [1992] R.L. 48 (C.A.).

110. C. THIBIERGE-GUELFUCCI, préc., note 41, p. 358.

satisfaire à quelque dénonciation que ce soit. Intangibilité, car, toujours en conformité avec la substance de la force obligatoire, une fois le contenu contractuel fixé, il n'appartient plus aux parties, et encore moins au juge, de modifier les prestations obligationnelles.

En guise de réaction à la nouvelle configuration des relations contractuelles, la tendance dominante aujourd'hui consiste donc à adopter une sorte de transformation de la théorie générale du contrat par exception¹¹¹. La technique consiste à créer des solutions spécifiques selon les difficultés rencontrées dans tel ou tel domaine contractuel. Une telle vision de la situation serait une fuite en avant. À force de créer des branches de droit spécifiques, l'on assisterait finalement à une multitude de règles spéciales. Celles-ci pourraient conduire à la dépression de la théorie générale du contrat qui, vraisemblablement, n'aurait plus de terre d'accueil. Ce qui fait dire à des auteurs :

C'est sur l'inégalité, soit le caractère *non identique* intrinsèque des parties au contrat, que les juristes doivent mettre l'accent afin de redonner un sens juridique au volontarisme. Tout cela implique à l'évidence un changement épistémologique majeur. Du reste, de la croyance idéologique en l'égalité contractuelle qui se reflète dans le volontarisme, nous sommes passés à une compréhension technique et administrative des contrats (employeur-employé, consommateur-commerçant, locataire-locateur, assuré-assureur, etc.) [...] Or, il nous faut reconsidérer l'existence d'un discours entre les parties et l'expression des personnalités qu'il implique [...] dans une société où le contrat d'adhésion est de moins en moins producteur de sens [...] ¹¹².

Il est important que la théorie générale du contrat demeure l'élément fédérateur des branches du droit relatives au domaine

111. *Id.*, p. 370.

112. André BÉLANGER, V.-D. MORARU ET A. VAN DROM, « Les apports de la linguistique à la théorie des contrats : prolégomènes à une interprétation dialogique et polyphonique du contrat », (2010) 51 *C de D.* 51, 64.

contractuel, une sorte de tour de contrôle qui distille ses solutions à l'ensemble des relations obligationnelles, procurant ainsi une âme au contrat, à tout rapport d'obligations¹¹³. Pour une protection de l'équilibre contractuel qui prendrait en considération toutes les situations contractuelles compromettantes des intérêts d'une partie, une mutation de la théorie générale du contrat par expansion serait la bienvenue¹¹⁴. Il s'agit de permettre à la théorie générale d'irriguer le processus contractuel en son entier, ceci indépendamment de la branche obligationnelle dans laquelle se réalise la relation des parties. L'objectif est de parvenir ainsi à préserver dans le temps l'unité d'interprétation générale de l'édifice contractuel. Le contrat est aujourd'hui considéré comme une relation de pouvoir. Dans ce sens, Pascal Lokiec affirme qu'il est normal que l'on opte pour l'émancipation du pouvoir par rapport au contrat. L'asymétrie étant un élément caractéristique du régime de pouvoir, on ne doit plus conférer au contrat le rôle pour lequel il n'a pas été conçu initialement, soit la protection de la partie faible. Plus que la correction du déséquilibre ou de l'asymétrie, il convient de contrôler directement le pouvoir sur la base de l'inégalité de la relation contractuelle¹¹⁵.

Telle que définie, la justice distributive est une justice d'exclusion. Parce qu'elle choisit ses cibles, elle ne peut prétendre fédérer les intérêts respectifs des parties dans une relation obligationnelle ne relevant pas de sa compétence. La forte contractualisation de la société, les pratiques contractuelles contemporaines qui prennent de vitesse la théorie générale du contrat autant que le législateur, commandent plus que de justice distributive, la mise en place d'une justice commutative¹¹⁶.

113. C. THIBIERGE-GUELFUCCI, préc., note 41, p. 371.

114. *Id.*, p. 358.

115. Pascal LOKIEC, *Contrat et pouvoir*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 220.

116. Voir dans ce sens : Philippe JESTAZ, « Rapport de synthèse Quel contrat pour demain? », dans C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), préc., note 6, p. 47; J. GHESTIN, préc., note 64, p. 47.

3.2 L'émergence souhaitée de la justice commutative

À la différence des droits sociaux de la première génération, caractérisés par l'encadrement spécifique des intérêts des individus en fonction de leur appartenance à telle ou telle catégorie sociale en mal de puissance décisionnelle, les droits sociaux de la deuxième génération dérogent à la classique division fort¹¹⁷/faible¹¹⁸, en reconnaissant la qualité de fort ou de faible à l'un ou l'autre des contractants, selon que celui-ci est en situation de force ou de vulnérabilité¹¹⁹. L'équilibre recherché dans les figures contractuelles autorise alors l'accès à une nouvelle étape dans la protection des attentes légitimes des parties. Il s'agit de l'accession à la justice commutative dont la justification de son avènement (3.2.1) éclairera ses possibilités d'application (3.2.2).

117. Le terme force représente précisément le degré d'aptitude dans le domaine intellectuel, la capacité, l'habileté, le pouvoir, le niveau de puissance ou de détermination, de supériorité, d'efficacité ou de résistance. Voir : Philippe MERLET (dir.), *Le Petit Larousse Illustré*, Paris, Larousse, 2005, p. 475; Marie-Éva DE VILLERS, *Multi dictionnaire de la langue française*, 4^e éd., Montréal, Québec Amérique, 2009, p. 734; Claude BLUM (dir.), *Le nouveau Littré*, Paris, Garnier, 2004, p. 584; Josette REY-DEBOVE et Alain REY (dir.), *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, Paris, Le Robert, 2009, p. 1073.

118. Étymologiquement le terme faiblesse désigne quelqu'un ou quelque chose qui manque de force, de vigueur, l'état de ce qui est faible. Au sens figuré, la faiblesse représente un manque de talent, de capacité, la faiblesse d'un raisonnement, d'un argument, de nos connaissances. Elle représente encore un manque de valeur intellectuelle, de mérite, la fragilité, la vulnérabilité. Voir dans ce sens : M.-É. DE VILLERS, préc., note 117, p. 688; P. MERLET, préc., note 117, p. 450; C. BLUM, préc., note 117, p. 546; J. REY-DEBOVE et A. REY, préc., note 117, p. 1002.

119. F. EDWALD, préc., note 14, p.452. Sur la situation de vulnérabilité, voir : B. MELKEVIK, préc., note 33, p. 6; Frédérique FIECHTER-BOULVARD, « La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit », dans Frédérique COHET-CORDEY (dir.), *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et de ses enjeux en droit*, Grenoble, P.U.G., 2000, p. 19.

3.2.1 La justification de l'émergence souhaitée de la justice commutative

Au regard des définitions des termes force et faiblesse, il semble que ces deux concepts auraient comme instrument de mesure de leur degré, la compétence¹²⁰. Une partie au contrat sera déclarée *partie-faible* lorsque sur le plan des compétences, il s'avère qu'elle fait office de profane vis-à-vis d'un professionnel, ou encore que face à la puissante machine qu'est le patronat, elle se recrute parmi les travailleurs. Le déficit de compétence observé soit sur la *partie-faible profane*, soit sur la *partie-faible travailleur*, en comparaison aux compétences de la *partie-forte professionnel*, ou de la *partie-forte chef d'entreprise*, autorise la mise en action d'une protection particulière des intérêts légitimes de la partie vulnérable au lien contractuel.

Il est difficilement compréhensible aujourd'hui de retenir la compétence comme étant le critère de définition de la partie qui mérite d'être protégée. La protection dont il est question ici se résume en des obligations de renseignement et d'information en faveur de la partie faible. Ce qui permet à celle-ci de mieux éclairer son consentement à l'engagement ou aux décisions contractuelles. Mais la manière dont fonctionne cette protection reconnue à la partie faible suscite quelques réflexions.

L'exemple de l'impact de la publicité dans les contrats de consommation est édifiant. La publicité est généralement présentée comme étant une façon pour son auteur de vanter le produit ou le service qu'il propose aux consommateurs. Elle a un but ardemment économique. L'individu qui décide de faire la publicité de ses produits les encense dans l'objectif de réaliser d'importants profits. Elle ne peut donc véritablement s'abandonner à l'objectivité, car il sera plus réfléchi pour son auteur de ne pas présenter les effets néfastes de son produit ou service, au risque de ne pas atteindre le résultat voulu : la séduction du public afin de l'amener ou de le convaincre de

120. C. BOURRIER, préc., note 81, n° 67, p. 75.

contracter¹²¹. La publicité demeure une donnée subjective, chaque débiteur d'une telle opération n'ayant à cœur que la recherche accrue du gain qui obéit à la théorie de l'efficience économique. En général, le profane consomme toute l'information que le professionnel lui donne. Il est alors évident qu'il court le risque de se *faire avoir*. Dès lors, il est nécessaire qu'il jouisse d'une bonne protection en obligeant le professionnel à rendre sa publicité moins subjective. Celui-ci s'exécute par une série de mentions informatives qu'il appose sur les produits, et qu'il fait même parfois énumérer dans les émissions de *télépublicité* ou de *téléréalité*. Une telle publicité qui vient contester la réticence que peut opposer le consommateur pourrait l'obliger à contracter sans une suffisante largeur de vues sur la chose objet du contrat.

Le critère retenu pour limiter les réclamations des consommateurs qui auraient été trompés par la publicité dolosive est celui de personne raisonnable. En clair, pour mériter protection, il faudra prouver que cette publicité est susceptible d'induire en erreur un consommateur moyen, donc raisonnable. Dans un tel contexte, qui est le consommateur raisonnable, autrement dit, quels sont les critères scientifiques de définition du consommateur standard? Il appert donc de remarquer ici que la protection voulue de *la partie-faible* n'est pas aisément acquise dans la réalité. Si pour bénéficier de la protection de ses intérêts, il faut absolument prouver que la publicité incriminée est susceptible d'induire en erreur un consommateur moyen, force est de relever que la catégorisation des consommateurs relativement à ce critère sera assez compliquée.

Au Québec, la *Loi sur la protection du consommateur* a innové par dérogation au droit commun. Ainsi, il est formellement interdit aux commerçants, manufacturiers et publicitaires d'observer le silence sur un fait qualifié d'important lors d'une présentation à un consommateur¹²². Il s'agit de l'obligation de divulguer toute la vérité en ses aspects favorables et défavorables.

121. *Id.*, n° 69, p. 76.

122. Art. 228 L.p.c.

En cas de représentation fausse ou trompeuse d'un bien ou d'un service¹²³, la présomption de fraude pèse sur le commerçant¹²⁴. Toutefois, le critère retenu pour déterminer la fausseté de la déclaration est celui de l'impression générale, soit la personne raisonnable¹²⁵.

L'appréciation *in abstracto* institue une sorte de monde parallèle auquel les individus sont appelés à s'adapter. Pourtant, nous ne réagissons pas de la même manière face aux procédés de publicité. La publicité étant l'art de séduire, il est incompréhensible de laisser hors de protection certains contractants au motif qu'ils n'auraient pas agi avec diligence.

Nous pourrions facilement opter en faveur d'une appréciation *in concreto*, c'est-à-dire au cas par cas, en fonction du degré de compétence des uns et des autres. Il s'agira alors d'apprécier les situations litigieuses en conformité avec la situation concrète de chacun, ses faiblesses et ses forces¹²⁶. Cette option ne nous paraît pas décisive. À l'exemple de l'appréciation *in abstracto*, l'appréciation *in concreto* entretient un flou dans la protection de la partie faible. En optant pour la casuistique, l'on introduit une lourdeur préjudiciable à la célérité requise dans les transactions, avec tout ce que cela peut comporter d'arbitraire.

Du critère de compétence, la protection de l'équilibre contractuel ne pourrait-elle pas satisfaire au critère de situation de vulnérabilité?

La contractualisation de masse de la société et les nouvelles figures contractuelles ne permettent plus une telle approche de la relation contractuelle. Il ne s'agit plus de rendre justice aujourd'hui en fonction des justes causes d'inégalité¹²⁷. Il est plutôt question de veiller à ce que chaque personne, quelles que

123. Art. 219 L.p.c.

124. Art. 253 L.p.c.

125. Art. 218 L.p.c.

126. C. BOURRIER, préc., note 81, n° 73, p. 82.

127. J. GHESTIN, préc., note 64, p. 47.

soient sa qualification ou ses compétences, puisse bénéficier de la protection de ses intérêts légitimes, en lui permettant de rentrer en possession de ce qui lui revient. Plus que du critère de compétence, il est bien plus question aujourd'hui de se rendre à l'évidence que fort ou faible, compétent ou incompétent, riche ou pauvre, tous méritent protection. Il faudra alors substituer à ce critère de mesure de la faiblesse celui de l'individu en situation de vulnérabilité, en position de faiblesse¹²⁸. Ainsi, outre la satisfaction aux obligations d'information et de renseignement, il serait important d'opter pour une plus large application de l'obligation de conseil dans l'univers contractuel¹²⁹. Cette conception de la relation contractuelle rationalise la recherche de l'efficacité économique du contrat. Certes, le contrat doit être utile, il doit procurer de l'intérêt à ses acteurs. Toutefois, pour être utile, il ne doit cesser, autant que possible, d'être équilibré, d'être juste¹³⁰.

La lisibilité nécessaire au bon déroulement du lien obligationnel autorise la référence au critère de situation de vulnérabilité ou position de faiblesse de l'une des parties. Ce critère de situation de vulnérabilité est appelé à irriguer en son entier le processus contractuel, pris sous le prisme de l'intérêt du contrat.

3.2.2 Les possibilités d'application de la justice commutative

Comment parvenir à limiter les déséquilibres contractuels excessifs? Telle est la question à laquelle la justice commutative est appelée à apporter les éléments de réponse.

Ces éléments de réponse vont graviter autour du concept d'intérêt du contrat. Il peut se définir comme étant la cause, la motivation pour laquelle les parties ont accepté de s'engager, la raison déterminante qui les conduit à contracter. L'intérêt du contrat serait alors l'attente légitime que chaque partie a pu placer dans la relation obligationnelle. Il représente ce sans quoi les

128. C. BOURRIER, préc., note 81, n° 88, p. 97-98.

129. Voir G. TABI TABI, préc., note 20, p. 225 et suiv.

130. P. JESTAZ, préc., note 116, p. 245.

parties n'auraient jamais accepté de contracter. L'intérêt du contrat est l'élément unificateur des engagements des différentes parties au rapport d'obligations. C'est le but ultime poursuivi par chaque contractant qui, à travers les prestations contractuelles de l'autre, espère combler le vide qui l'amène à contracter¹³¹.

L'intérêt du contrat constitue le socle à partir duquel la justice commutative est appelée à s'épanouir. Elle devra assurer à toutes les parties la satisfaction recherchée de leurs attentes contractuelles. Cet objectif requiert l'adoption en aval du lien obligationnel du dialogue entre les parties. Si celles-ci n'arrivent pas à fédérer de manière équilibrée leurs attentes légitimes, intervient alors en amont le contrôle judiciaire de l'intérêt contractuel. Le juge qui assure un contrôle dynamique et objectif de la relation contractuelle est considéré comme étant « le bras armé »¹³² ou encore « le levier »¹³³ du solidarisme.

Au stade de la formation du contrat, la justice commutative exige une bonne élaboration des droits et des obligations des contractants. Les parties doivent parvenir à une élaboration harmonieuse des prestations contractuelles. La disposition des clauses doit être pure de toute entrave à la réalisation idoine des attentes légitimes de l'une des parties au lien obligationnel. Ainsi, chaque prestation doit être expliquée et acceptée par les deux parties. Ce qui accorde une légitimité commune au rapport d'obligations qui rend les contractants solidaires à son exécution. Il est à relever que dans l'élaboration unilatérale des clauses contractuelles, la partie en position de force doit éviter, autant que possible, de déséquilibrer de son gré le contrat. Elle doit s'abstenir d'injecter dans le contenu obligationnel des dispositions qui défient toute logique d'équilibre ou de prise en considération des intérêts légitimes de l'autre contractant.

131. Jean HAUSER, « Rapport de synthèse : Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité? », dans L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), préc., note 1, p. 195; D. MAZEAUD, préc., note 74, p. 142.

132. Denis MAZEAUD, « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », dans L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), préc., note 1, p. 59.

133. J. CÉDRAS, préc., note 64.

Ces exigences d'équilibre se retrouvent aussi dans la phase d'exécution des prestations contractuelles. Rendu à cette étape, l'unilatéralisme ambiant conduit la partie jouissant des pouvoirs contractuels à la prise des décisions sans concertation préalable avec le cocontractant. Ces décisions unilatérales peuvent faire grief, en ce sens qu'elles peuvent modifier substantiellement l'intérêt contractuel de la partie en position de vulnérabilité. Cette modification peut entraîner la perte partielle ou totale de cet intérêt. Le souci de lisibilité en tout temps du lien obligationnel impose à la justice commutative de recommander à la partie la plus alerte de communiquer avec son cocontractant. Par le moyen des décisions contractuelles concertées, donc motivées, l'équilibre contractuel recherché demeure assuré et l'exécution de telles décisions s'avère solidaire.

Au stade de l'extinction du lien obligationnel, la justice commutative recommande aux parties de mettre un terme à leur contrat, soit à la survenance de l'une des conditions d'extinction retenues dans le contenu contractuel – si elles le désirent –, soit d'un commun accord suite à des circonstances externes qui compromettent sa bonne exécution. Il s'agit de limiter la toute-puissance de la théorie des pouvoirs contractuels, en empêchant la partie en situation de force de mettre un terme à une relation contractuelle de manière intempestive, sans justification aucune de ses agissements. La logique poursuivie ici est d'éviter autant que faire se peut que cette partie en position de force abuse de ses pouvoirs. Elle peut agir ainsi en confirmant ou en éjectant du rapport obligationnel la partie en situation de vulnérabilité, des agissements contractuels qui suppriment au rapport d'obligations son caractère de prévisibilité¹³⁴.

La préservation de l'intérêt contractuel autorise aussi la justice commutative à œuvrer pour le rééquilibrage d'une relation obligationnelle dans laquelle l'une des parties ne trouve plus satisfaction, à cause des circonstances externes qui viennent

134. Hervé LÉCUYER, « Le contrat, acte de prévision », dans P. ARDANT (dir.), préc., note 62, p. 643.

priver le rapport d'obligations de son efficacité. Dans un tel cas, le contrat ne retrouvera sa force obligatoire que lorsqu'il se sera adapté à cette nouvelle situation. Il est important de relever, en harmonie avec la règle *rebus sic standibus*, que les conditions ayant initialement favorisé la conclusion du contrat doivent rester les mêmes, pour que la force obligatoire soit conforme à la volonté des parties¹³⁵. Pourtant, la règle *pacta sunt servanda* continue de présider aux destinées des contrats frappés par la théorie de l'imprévision, entretenant ainsi une intangibilité et une immutabilité de façade, au regard de la réalité contractuelle en cause. En effet, le changement de circonstances entraîne une perte substantielle de l'équilibre contractuel, pris en la réduction draconienne des attentes légitimes de la partie en situation de vulnérabilité.

Le législateur ne saurait continuer à accorder du crédit à une sorte de statisme juridique sans doute justifié par un choix axiologique, soit le volontarisme contractuel, alors que l'évolution du phénomène obligationnel contraste avec la fixité des règles issues de ce choix législatif qui correspond à ce qu'un auteur qualifie de « dit personnalisé »¹³⁶. L'application de cette formule suppose que la norme à caractère général et impersonnel existante ne soit pas suffisamment explicite, pour éclairer adéquatement la difficulté actuelle. L'on procède alors à la recherche de la volonté du législateur à l'époque où il a légiféré, s'appuyant ainsi sur une prétendue perfection de celle-ci, qui semble avoir prévu tous les cas de figure qui pourraient se présenter. Pourtant, le droit doit s'adapter à son temps, au changement de contexte, des pratiques contractuelles ou encore des mentalités. Les parties ont besoin de trouver un droit des contrats adapté aux réalités, un droit des contrats qui, bien que solide, devrait être fonctionnel ou encore dynamique. À ce titre, Wroblewski affirme :

135. Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, « Le changement de circonstances », (2004) 1 R.D.C. 67, 68.

136. Jerzy WROBLEWSKI, « Le non-dit dans le droit : présuppositions et conventions implicites », dans Paul AMSELEK et Christophe GRZEGORCZYK (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, P.U.F., 1989, p. 149.

L'obscurité du texte du dit dépersonnalisé peut être [...] éliminée par l'interprétation faisant recours non pas à la volonté du législateur historique, mais à celle du législateur actuel. Ici, la volonté est déterminée par le contexte systémique en vigueur, c'est-à-dire par l'ensemble des règles juridiques valides, ainsi que par les données du contexte fonctionnel actuel. Ainsi, le sens des règles change au cours de l'histoire : c'est toujours l'actualité qui le détermine. La valeur de base de cette option interprétative est l'adaptation du droit aux besoins de la vie actuelle, telle que vue par l'interprète, et donc c'est une valeur dynamique¹³⁷.

Par une approche de la situation conflictuelle moins cantonnée à l'application stricte, exclusive ou encore mécanique de la règle de droit, davantage référée à la réalité des faits, au pourquoi des agissements, des comportements querellés par les parties au rapport d'obligations, les juges devraient allier la lettre des normes à la compréhension pratique, sociale des faits de la cause. Si aujourd'hui, au nom de l'autonomie de la volonté, la recherche de l'efficacité économique méconnaît dans son fonctionnement la logique commutative des échanges, il n'en demeure pas moins que pour les nécessités de la réalisation des attentes légitimes du cocontractant en difficulté, le juge ne soit appelé à instaurer ou à restaurer l'équilibre chaque fois que, mis en balance les intérêts des cocontractants, le déséquilibre devient excessif.

D'une interprétation désincarnée à une compréhension incarnée des relations contractuelles; mieux, d'une philosophie de responsabilisation à une philosophie de collaboration ou de dialogue, de lisibilité, voilà révélée la mue qui s'impose aujourd'hui à la théorie générale du contrat.

137. *Id.*, p. 150.

Conclusion

Le paradigme de solidarisme contractuel fait intervenir dans les relations contractuelles la dimension sociale des rapports humains. C'est-à-dire le souci des intérêts de l'autre et de leur réalisation, ou encore la nécessaire solidarité qui doit limiter la vulnérabilité humaine et gouverner les rapports sociaux, le contrat étant considéré comme un lien social. De la conception à l'extinction du lien obligationnel, toutes les étapes du processus contractuel doivent satisfaire à l'impératif de conciliation des intérêts des parties.

Plusieurs fois défini, mais mal défini, le solidarisme contractuel se traduit plutôt en terme de lisibilité. Il défend l'idée de coopération ou de collaboration en œuvrant à l'accession de tous les contractants à une compréhension commune de la relation obligationnelle. En ce sens, il n'est pas un paradigme des extrêmes qui se définissent soit comme une prise en compte ou un simple respect des intérêts de chaque partie par le moyen des obligations de ne pas faire qui sont caractéristiques de la coexistence des intérêts, soit par une très grande proximité aux attentes légitimes de l'autre que l'on pourrait qualifier de prise en charge.

En contestation des principes contractuels de liberté et d'égalité, le solidarisme contractuel commande l'instauration d'un droit des relations contractuelles inégalitaires. Sous son influence, la conception libérale du contrat a accepté de s'ajuster. Elle a autorisé exceptionnellement l'introduction de la justice distributive dans le domaine contractuel. Aujourd'hui, la nouvelle configuration des rapports d'obligations démontre l'incapacité de cette justice des groupes à satisfaire tous les cas de déséquilibre. Pour une protection adéquate des attentes légitimes de chaque contractant qui se trouve en situation de vulnérabilité, le souci d'équilibre obligationnel requiert l'émergence de la justice commutative par le moyen de l'élargissement du cadre de référence de la théorie générale du contrat. Autrement dit, par le

(2014) 44 R.D.U.S.	<i>Ajustement nécessaire du volontarisme contractuel : du volontarisme au solidarisme?</i>	125
--------------------	--	-----

truchement des obligations de faire, il est question de rendre à la volonté les moyens de son autonomie.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

- Titre :** DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS : LES ORDONNANCES D'INJONCTION DE TYPE ANTON PILLER, MAREVA ET NORWICH EN MATIÈRE DE FRAUDE COMMERCIALE
- Auteur(s) :** Mathieu PICHÉ-MESSIER
Catherine LUSSIER
Laurence BURTON
- Revue :** RDUS, 2014, volume 44, numéro 1
- Pages :** 127-171
- ISSN :** 0317-9656
- Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.
- URI :** <http://hdl.handle.net/11143/9932>
- DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/9932>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS : LES ORDONNANCES D'INJONCTION DE TYPE ANTON PILLER, MAREVA ET NORWICH EN MATIÈRE DE FRAUDE COMMERCIALE

par Mathieu PICHE-MESSIER*
Catherine LUSSIER**
Laurence BURTON***

Ce texte explore les plus récentes décisions jurisprudentielles en matière d'ordonnance d'injonction de type Anton Piller, Mareva et Norwich dans le contexte de la fraude commerciale. L'importance de ces recours extraordinaires en droit canadien et québécois est maintenant bien reconnue. Depuis la décision de la Cour suprême dans Celanese Canada inc. c. Murray Demolition Corp. (2006 CSC 36), la Cour d'appel du Québec a récemment eu l'opportunité de continuer son éclairage en matière d'ordonnance Anton Piller dans l'affaire IMS Health Canada inc. c. Think Business Insights Ltd. (2013 QCCA 1303). En matière d'ordonnance de type Mareva ou Norwich, les cours québécoises continuent de les utiliser de plus en plus et leur efficacité est reconnue. À une époque où la fraude commerciale est omniprésente, l'application de ces recours extraordinaires demeure un enjeu de taille pour les tribunaux, les procureurs et les parties, vu leur complexité et leur impact sur les défendeurs. Ces recours extraordinaires demeurent des outils indispensables pour le juriste qui représente les intérêts d'un justiciable ou d'une entreprise qui est victime de fraude commerciale.

This article explores the most recent court decisions regarding Anton Piller, Mareva and Norwich injunction orders in the context of commercial fraud. The importance of these extraordinary remedies in Canadian and Quebec law is now well recognized. Since the decision of the Supreme Court in Celanese Canada inc. v. Murray Demolition Corp. (2006 SCC 36), the Court of Appeal of Quebec recently had the opportunity to elucidate its views regarding Anton Piller injunction orders in IMS Health inc. v. Canada. Think Business Insights Ltd. (2013 QCCA 1303). In relation to Mareva and Norwich injunction orders, the Quebec courts continue to utilize them more frequently as their effectiveness is now well recognized. At a time of rampant commercial fraud, application of these extraordinary remedies remains a challenge for the courts, the attorneys and the parties involved, given their complexity and their impact on defendants. These extraordinary remedies remain indispensable tools for lawyers representing the interests of parties or companies who are victims of commercial fraud.

*. Avocat associé, Borden Ladner Gervais, Montréal.

**. Avocate, Borden Ladner Gervais, Montréal.

***. Stagiaire en droit, Borden Ladner Gervais, Montréal.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	129
Portrait de la fraude et des outils pour la combattre	130
1. L'ordonnance d'injonction <i>Anton Piller</i>	133
A) La nature de l'ordonnance <i>Anton Piller</i> , son objectif et ses conditions d'ouverture à la lumière de la jurisprudence récente	134
B) La possibilité d'inférer le risque de destruction de la preuve à partir du comportement du défendeur	140
C) La pleine et entière divulgation des faits pertinents	142
D) L'accès à la preuve saisie dans le cadre d'une requête en annulation de l'ordonnance	145
2. L'ordonnance d'injonction <i>Mareva</i>	151
A) La nature de l'ordonnance d'injonction <i>Mareva</i> , son objectif et ses conditions d'ouverture à la lumière de la jurisprudence récente.....	152
B) Les « Worldwide » <i>Mareva</i>	155
C) La relation entre l'ordonnance d'injonction <i>Mareva</i> et la saisie avant jugement du <i>Code de</i> <i>procédure civile</i>	156
3. L'ordonnance d'injonction <i>Norwich</i>	161
A) La nature de l'ordonnance <i>Norwich</i> , son objectif et ses conditions d'ouverture à la lumière de la jurisprudence récente.....	163
B) L'ordonnance <i>Norwich</i> et le principe de proportionnalité en droit civil québécois	168
CONCLUSION	170

INTRODUCTION

*Fraud is infinite in variety;
sometimes it is audacious and unblushing;
sometimes it pays a sort of homage to virtue,
and then it is modest and retiring;
it would be honesty itself if it could only afford it.
But fraud is fraud all the same and it is the fraud,
not the manner of it,
which call for the interposition of the Court,
Reddaway v. Banham, 1896 A.C. 199, p. 221.*

À l'ère actuelle, où la piraterie, le vol de secrets de commerce et le détournement de fonds battent leur plein, il s'impose de connaître les différents outils procéduraux que détiennent les individus et entreprises qui sont victimes de fraude. Les recours extraordinaires que sont les ordonnances d'injonction *Anton Piller*, *Mareva* et *Norwich* s'avèrent être parmi les plus efficaces dans un tel contexte.

Dans une situation de fraude, ces ordonnances constituent des recours complémentaires. Ainsi, l'ordonnance d'injonction *Anton Piller* assure la préservation de la preuve : elle permet à la victime d'une fraude de fouiller les lieux sous le contrôle du fraudeur afin de saisir tout élément de preuve pertinent au litige dont elle souhaite éviter la destruction ou la disparition¹. L'ordonnance *Mareva* permet de « geler » les actifs des fraudeurs pour en éviter la disparition avant la fin des procédures judiciaires entreprises. L'ordonnance *Norwich*, quant à elle, est un outil d'enquête efficace, et ce, préalablement à l'action en justice : elle permet d'obtenir de l'information essentielle détenue par un tiers, tels une institution financière ou un fournisseur de services internet, pour découvrir l'identité de possibles fraudeurs².

-
1. Danielle FERRON, Mathieu PICHÉ-MESSIER et Lawrence POITRAS, *L'injonction et les ordonnances Anton Piller, Mareva et Norwich*, Montréal, LexisNexis, 2009, p. 216.
 2. *Id.*, p. 217, 236, 246.

Les tribunaux québécois reconnaissent maintenant l'efficacité des recours que sont les ordonnances d'injonction *Anton Piller, Mareva* et *Norwich* pour protéger les droits d'une victime de fraude. Toutefois, des interrogations persistent quant à la portée et l'étendue en droit civil québécois de ces ordonnances originaires de la *common law*. C'est à travers une réflexion sur des principes tels que la proportionnalité, la présomption de bonne foi ou le droit d'être entendu que les tribunaux québécois développent des critères assurant le respect des droits fondamentaux des parties impliquées. Cet article a donc comme objectif de présenter les plus récents développements en matière d'ordonnances d'injonction *Anton Piller, Mareva* et *Norwich* en droit civil québécois, dans le cadre de leur application particulière au domaine de la fraude commerciale.

PORTRAIT DE LA FRAUDE ET DES OUTILS POUR LA COMBATTRE

*The fertility of man's invention
in devising new schemes of fraud is so great,
that the courts have always declined to define it,
[...] reserving to themselves the liberty to deal with it
under whatever form it may present itself.
Kugler v. Romain, (1972) 58 N.J. 522, p. 543.*

Au Québec, la notion de fraude est reconnue tant en droit criminel qu'en droit civil. Elle n'est toutefois définie qu'en termes généraux, que ce soit par le législateur, la jurisprudence ou la doctrine³. Ainsi, l'article 380(1) du *Code criminel*⁴ définit la fraude comme le fait pour quiconque, par supercherie, mensonge ou autre moyen dolosif, de frustrer le public ou toute personne, déterminée ou non, de quelque bien, service, argent ou valeur. La Cour suprême du Canada a interprété cette notion dans l'arrêt *Vézina et Côté c. R.*⁵, concluant que la fraude consiste à être malhonnête pour

-
3. Voir : Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, p. 278.
 4. *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 380(1).
 5. *Vézina et Côté c. R.*, [1986] 1 R.C.S. 2, p.19.

obtenir un avantage, entraînant un préjudice ou risque de préjudice au « bien, argent ou valeur » de quelqu'un.

En droit civil, il n'existe aucune définition législative de la fraude. On retrouve toutefois cette notion dans certaines dispositions du *Code civil du Québec* (ci-après « C.c.Q. »), notamment à l'article 317 C.c.Q. Cet article prévoit que la personnalité juridique d'une personne morale ne peut être invoquée à l'encontre d'une personne de bonne foi, dès lors qu'on invoque cette personnalité pour masquer la *fraude*, l'abus de droit ou une contravention à une règle intéressant l'ordre public. La fraude dont il est question à cet article est non seulement la fraude au sens du *Code criminel*, mais aussi la fraude paulienne, c'est-à-dire l'acte accompli par un débiteur insolvable en vue de frauder ses créanciers, de même que la fraude civile en général⁶. Cette dernière peut se définir comme « l'acte accompli de mauvaise foi avec l'intention de porter atteinte aux droits ou aux intérêts d'autrui ou d'échapper à l'application d'une loi »⁷. De même, on retrouve aussi la notion de fraude aux articles 1401 et 1407 C.c.Q. traitant du dol, ce dernier pouvant alors consister en des fausses représentations faites de manière intentionnelle par une des parties contractantes.

En matière de fraude commerciale, on remarque que la fraude est souvent commise par des individus à l'interne dans une entreprise, tels que des dirigeants, employés ou ex-employés. Ainsi, selon une enquête effectuée en 2014 par PricewaterhouseCoopers⁸, plus d'une entreprise canadienne sur trois sondée a déclaré avoir été victime d'une fraude au cours des douze mois précédant le sondage. L'enquête, effectuée à l'échelle mondiale, définissait la fraude ainsi : « *Economic crime or fraud: The intentional use of deceit*

6. *Chassé (Syndic de)*, 2007 QCCS 4831, par.19.

7. *Id.*

8. PRICEWATERHOUSECOOPERS, « *PwC's 2014 Global Economic Crime Survey, Canadian Supplement* », (2014), en ligne : <http://www.pwc.com/en_CA/ca/risk/forensic-services/publications/pwc-economic-crime-survey-canadian-supplement-2014-02-en.pdf>.

to deprive another of money, property or a legal right »⁹. Aux termes du sondage, la fraude pouvait prendre diverses formes, telles que le détournement de biens, la fraude comptable ou fiscale, la cybercriminalité ou encore le vol de propriété intellectuelle ou de secrets de commerce. Or, la fraude la plus courante au Canada était le détournement de biens, c'est-à-dire le vol de biens de l'entreprise par les dirigeants, les fiduciaires ou les employés pour leur bénéfice personnel¹⁰.

Les ordonnances d'injonction *Anton Piller* et *Mareva* s'avèrent particulièrement utiles dans un tel contexte de fraude en entreprise. On constate d'ailleurs que, bien qu'elles s'inscrivent parfois dans des cadres aussi divers qu'un recours collectif pour abus sexuels¹¹, une requête en divorce¹², ou un recours en matière de propriété intellectuelle¹³, ces ordonnances sont souvent utilisées à l'encontre d'employés ou d'ex-employés ayant fraudé leur employeur dans le cadre de détournements de fonds ou de vols de secrets de commerce¹⁴.

Ces ordonnances restent toutefois exceptionnelles et les tribunaux interprètent leurs conditions d'ouverture restrictivement. C'est pourquoi il est nécessaire, dans le cadre de la préparation de

-
9. PRICEWATERHOUSECOOPERS, « *PwC's 2014 Global Economic Crime Survey* », (2014), p.55, en ligne : <http://www.pwc.com/en_CA/ca/risk/forensic-services/publications/pwc-economic-crime-survey-canadian-supplement-2014-02-en.pdf>.
 10. PRICEWATERHOUSECOOPERS, « *PwC's 2014 Global Economic Crime Survey, Canadian Supplement* », préc., note 8, p. 22.
 11. Voir : *Rédemptoristes (Les) c. Tremblay*, 2014 QCCA 199.
 12. Voir : *Droit de la famille-132485*, 2013 QCCS 4417.
 13. Voir : Mathieu PICHÉ-MESSIER et Marie-Aude PIGEON, « Recours extraordinaires en matière de propriété intellectuelle : les ordonnances d'injonction de type Anton Piller, Mareva et Norwich », dans *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*, Service de la formation continue du Barreau du Québec, 2009, *Droit civil en ligne (DCL)*, EYB2009DEV1629.
 14. Voir : *Cogeco Diffusion inc. c. Lavoie*, 2011 QCCS 1798; *AriVac inc. c. Achacha*, 2012 QCCS 2128; *Task Micro Electronics inc. c. Bilkhui*, 2009 QCCS 990; *IMS Health Canada inc. c. Think Business Insights ltd.*, 2013 QCCA 1303; *Fer et métaux américains, s.e.c. c. Picard*, 2013 QCCS 2198.

tels recours, d'être à l'affût des dernières décisions des tribunaux en la matière. Les sections qui suivent visent donc à présenter les développements récents en matière d'ordonnances d'injonction *Anton Piller*, *Mareva* et *Norwich*.

1. L'ordonnance d'injonction *Anton Piller*

L'ordonnance d'injonction de type *Anton Piller*¹⁵ est un ordre de la cour, obtenu *ex parte* et *in camera*¹⁶, de se laisser perquisitionner et saisir dans le but d'empêcher que le défendeur ne fasse disparaître ou ne détruise des éléments de preuve qui pourraient s'avérer déterminants dans un litige¹⁷. Cette ordonnance dite « hybride »¹⁸ est utile dans un contexte de fraude, car elle permet à la victime de fouiller les lieux sous le contrôle du ou des présumés fraudeurs afin de saisir tout élément de preuve pertinent au litige entre les parties pour en éviter la disparition¹⁹.

L'ordonnance *Anton Piller* tire son nom de l'arrêt *Anton Piller KG v. Manufacturing Processes Ltd.* rendu par la Cour d'appel d'Angleterre en 1976²⁰. La Cour d'appel du Québec a reconnu l'application de cette ordonnance en droit civil québécois et la compétence de la Cour supérieure pour la prononcer en 2002 dans l'arrêt *Raymond Chabot*²¹.

En 2006, dans l'arrêt *Celanese*²², la Cour suprême du Canada a réitéré les conditions d'ouverture énoncées dans l'arrêt

15. Dans un souci de concision, les auteurs référeront ci-après à « l'ordonnance *Anton Piller* ».

16. Voir : *Alco Prévention Canada inc. c. Lepage*, n° 200-17-019218-130, 31 octobre 2013, j. La Rosa; *Alco Prévention Canada inc. c. Lepage*, 2014 QCCS 800.

17. D. FERRON, M. PICHÉ-MESSIER et L. POITRAS, préc., note 1, p. 120.

18. Voir : *Raymond Chabot SST Inc. c. Groupe AST (1993) Inc.*, 2002 CanLII 41255, par. 57 (QC C.A.).

19. D. FERRON, M. PICHÉ-MESSIER et L. POITRAS, préc., note 1, p. 216.

20. *Anton Piller KG v. Manufacturing Processes Ltd.*, [1976] 1 All E.R. 779 (C.A.). Ci-après, « l'arrêt *Anton Piller* ».

21. *Raymond Chabot SST Inc. c. Groupe AST (1993) Inc.*, préc., note 18, par. 66.

22. *Celanese Canada inc. c. Murray Demolition Corp.*, [2006] 2 R.C.S. 189.

Anton Piller et précisé les modalités de préparation et d'exécution de cette ordonnance. Dans cet arrêt, la Cour suprême reconnaît le rôle essentiel de cette ordonnance lorsqu'une partie fait face à des défendeurs malhonnêtes :

L'expérience démontre que, malgré leur nature draconienne, les ordonnances *Anton Piller* jouent un rôle important en empêchant les défendeurs sans scrupules de profiter d'un préavis pour déjouer le processus judiciaire en faisant disparaître des éléments de preuve pertinents.²³

Au fil des ans, l'ordonnance *Anton Piller* a fait couler beaucoup d'encre. L'objectif de cet article étant de présenter les développements récents en droit québécois, les sections suivantes s'attarderont sur la nature de l'ordonnance *Anton Piller*, ses conditions d'ouverture et les principes développés quant à son application à la lumière de la jurisprudence récente. Le lecteur pourra, lorsque nécessaire, se référer aux ouvrages généraux et articles de revue disponibles sur le sujet pour approfondir sa connaissance²⁴.

A) La nature de l'ordonnance *Anton Piller*, son objectif et ses conditions d'ouverture à la lumière de la jurisprudence récente

La Cour d'appel du Québec s'est récemment penchée dans l'arrêt *IMS Health Canada inc.*²⁵ sur la nature de l'ordonnance *Anton Piller* en droit civil québécois, son objectif et ses conditions d'ouverture. À la lumière de cet arrêt, il faut conclure que l'ordonnance *Anton Piller* correspond, dans notre droit civil, à une ordonnance pouvant être prononcée par la Cour supérieure en vertu de ses pouvoirs généraux prévus aux articles 20 et 46 C.p.c. Cette ordonnance, qui participe à la fois de la saisie avant jugement et de l'injonction, est en réalité une ordonnance de fouille matérielle

23. *Id.*, par. 32.

24. Voir, à cet effet, la bibliographie de cet article. Le commentaire vaut aussi en ce qui a trait aux ordonnances d'injonction *Mareva* et *Norwich*.

25. *IMS Health Canada inc. c. Th!nk Business Insights ltd.*, préc., note 14.

– et non personnelle – et une ordonnance de se laisser saisir. Bien qu'elle ressemble à une perquisition privée, il ne s'agit pas d'un mandat de perquisition, celui-ci émanant normalement des autorités policières. De l'avis de la Cour d'appel²⁶, l'ordonnance *Anton Piller* ne peut d'ailleurs se qualifier de « perquisition civile ou privée » en tant que telle, puisque la partie qui en fait l'objet peut toujours refuser d'obtempérer, sujet bien évidemment aux conséquences de l'outrage au tribunal²⁷.

Quant à son objectif, l'ordonnance *Anton Piller* vise à protéger des éléments de preuve ou le droit de propriété d'une partie sur des biens ou documents qui lui appartiennent. Elle vise la conservation d'une preuve qui, sans cela, pourrait disparaître. Toutefois, l'ordonnance *Anton Piller* n'est pas ni ne devrait devenir un moyen de communication de la preuve ou même de recherche d'une preuve²⁸.

Il s'agit, encore à ce jour, d'une mesure exceptionnelle pour deux raisons principales. D'une part, c'est l'un des rares cas où une partie peut obtenir *ex parte* une ordonnance d'un tribunal civil. D'autre part, malgré toutes les précautions qui l'entourent, elle demeure très intrusive²⁹. Dans ce contexte, il est essentiel que les conditions d'ouverture de l'ordonnance *Anton Piller* soient respectées.

Ces conditions d'ouverture ont d'abord été établies dans l'arrêt britannique *Anton Piller*³⁰, puis appliquées au Québec en 2002 dans l'arrêt *Raymond Chabot*³¹. Elles ont finalement été

26. *Id.*, par. 38.

27. Voir : D. FERRON, M. PICHÉ-MESSIER et L. POITRAS, préc., note 1, p.171, 182-183.

28. *IMS Health Canada inc. c. Think Business Insights ltd.*, préc., note 14, par. 39.

29. *Id.*, par.44.

30. *Anton Piller KG v. Manufacturing Processes Ltd.*, préc., note 20, p. 784.

31. *Raymond Chabot SST Inc. c. Groupe AST (1993) Inc.*, préc., note 18, par. 66.

réitérées par la Cour suprême en 2006 dans l'arrêt *Celanese*, précité, et sont toujours d'application depuis³² :

- (i) un droit d'action *prima facie* et un commencement de preuve très solide ou très convaincant;
- (ii) un préjudice réel ou possible, très grave pour le demandeur (forte probabilité d'un préjudice ou d'un dommage sérieux ou irréparable);
- (iii) une preuve manifeste que le défendeur a en sa possession des documents ou des biens pouvant servir de preuve et qu'il est réellement possible ou probable que le défendeur détruise cette preuve avant que ne puisse être introduite une demande *inter partes*.³³

La troisième condition exige de démontrer qu'il existe une possibilité réelle que les biens et documents visés soient détruits ou cachés par le défendeur. Puisqu'il peut être difficile de prouver l'intention de détruire ou de cacher des biens ou documents, les tribunaux acceptent parfois de présumer l'existence d'une telle intention, comme nous le verrons plus loin.

À ces conditions s'ajoute une quatrième condition, soit l'obligation de divulgation franche et complète du demandeur. À cet effet, dans l'arrêt *IMS Health Canada inc.*³⁴, la Cour d'appel souligne qu'au stade du prononcé de l'ordonnance *Anton Piller*, le juge ne peut s'appuyer que sur les allégations de la requête et sur les déclarations assermentées et pièces déposées à son soutien. Il s'ensuit que le juge doit alors compter sur une divulgation fidèle et complète de la part des déposants³⁵. Cette obligation de divulgation franche et complète a fait l'objet de décisions récentes dont nous traiterons plus loin.

32. voir : M. PICHÉ-MESSIER et M-A. PIGEON, préc., note 13.

33. *Celanese Canada inc. c. Murray Demolition Corp.*, préc., note 22, par. 35.

34. *IMS Health Canada inc. c. Th!nk Business Insights ltd.*, préc., note 14.

35. *Id.*, par. 48.

Par ailleurs, les conditions d'ouverture de l'ordonnance *Anton Piller* énoncées précédemment ont été appliquées récemment dans divers contextes de fraude, comme le démontrent les décisions qui suivent.

i. Application dans un contexte de vol de secrets de commerce

Dans la récente décision *Cogeco Diffusion inc. c. Lavoie*³⁶, des stations radiophoniques (les « demanderesses ») demandaient l'émission d'une injonction provisoire de type *Anton Piller* afin de reprendre possession du matériel confidentiel volé par d'anciens employés partis chez un concurrent (les « défendeurs »). Les défendeurs étaient notamment liés par des clauses de non-concurrence à leur contrat de travail. Avant leur départ, ils avaient mis en place un stratagème leur permettant de subtiliser de l'information confidentielle concernant les stratégies de programmation musicale des demanderesses, d'effacer une partie de cette information vitale se trouvant sur les serveurs, et d'apporter des modifications aux logs musicaux. Par conséquent, les demanderesses étaient désormais incapables d'assurer la programmation musicale de leurs stations radiophoniques.

Dans cette affaire, la Cour supérieure conclut que la requête des demanderesses satisfait aux conditions énoncées dans l'arrêt *Celanese*³⁷, en ce que :

- 1) *Prima facie*, les demanderesses ont un droit clair et indiscutable de faire respecter les engagements contractuels souscrits par les défendeurs et de vouloir protéger l'information confidentielle leur appartenant.
- 2) Il y a un risque de préjudice grave, car les demanderesses sont privées d'information stratégique nécessaire en vue de maintenir un produit de qualité et compétitif. Il est aussi

36. *Cogeco Diffusion inc. c. Lavoie*, préc., note 14.

37. *Celanese Canada inc. c. Murray Demolition Corp.*, préc., note 22.

raisonnable de croire que l'information confidentielle subtilisée sera utilisée au détriment des demanderessees dans l'exercice des nouvelles fonctions des défendeurs chez le compétiteur. Ces informations révélées causeraient un tort irréparable aux demanderessees.

- 3) Il est très probable que les défendeurs soient en possession des dossiers ou objets appartenant aux demanderessees, et l'on peut craindre qu'ils ne les détruisent ou ne les camouflent avant que le processus de communication préalable puisse être amorcé.

La Cour ordonne donc aux défendeurs de permettre sans résistance l'accès complet et immédiat à leur résidence, afin de saisir, à des fins de conservation, tous les biens pouvant appartenir aux demanderessees ou pouvant démontrer les actes fautifs reprochés.

Cette décision est un exemple concret de l'utilisation des ordonnances *Anton Piller* en matière de vol de secrets de commerce. Dans ce domaine, ce recours devient particulièrement utile, car il est souvent l'unique moyen disponible pour le demandeur afin de préserver la preuve et surtout d'évaluer l'ampleur du vol. Pour de nombreuses entreprises opérant dans des industries spécialisées et contingentées, protéger le secret de leur liste de clients, des codes source de leurs logiciels, de leurs plans de développements stratégiques et de leurs listes de salaires et de bonus d'employés devient une question essentielle à la survie de leur entreprise.

Dans l'affaire suivante, la Cour supérieure a aussi appliqué les conditions énoncées dans l'arrêt *Celanese*, précité, mais cette fois dans un contexte de détournement de procédés industriels.

ii. Application dans un contexte de détournement de procédés industriels

Dans la récente décision *AriVac inc. c. Achacha*³⁸, l'employeur demandait l'émission d'une injonction interlocutoire provisoire de type *Anton Piller*. Il soutenait que son directeur scientifique avait violé ses engagements de non-concurrence, de confidentialité et de loyauté en utilisant sans autorisation les procédés industriels de l'entreprise dans le but de le concurrencer. L'employeur était en mesure d'identifier sept projets réalisés par le directeur scientifique au cours de ses années de service en contravention des engagements de non-concurrence et en usant possiblement de ses procédés et ses technologies.

Se référant à l'arrêt *Celanese*, la Cour supérieure conclut qu'en l'espèce les critères donnant ouverture au prononcé de l'ordonnance sont rencontrés³⁹ :

- 1) La demanderesse fait valoir un droit d'action qui est, à première vue, solide. Il existe des éléments de preuve sérieux qui permettent de croire que le directeur scientifique a vraisemblablement contrevenu à ses engagements de non-concurrence, de confidentialité et de loyauté. Les éléments de preuve tendent à démontrer que ce dernier se serait prêté à des activités de concurrence depuis qu'il est à l'emploi de la demanderesse, soit depuis sept ans, et ce, en utilisant de l'information hautement confidentielle.
- 2) Il existe une probabilité importante que la demanderesse continue de subir des dommages importants, en sus de ceux déjà subis, si le directeur scientifique continue d'utiliser l'information confidentielle qu'il détient pour son propre bénéfice.

38. *AriVac inc. c. Achacha*, préc., note 14.

39. *Id.*, par. 32 et ss.

- 3) Considérant que le directeur scientifique a fait concurrence à la demanderesse depuis qu'il est à son emploi, il apparaît possible ou probable qu'il tente de détruire la preuve avant même que cette dernière ne puisse lui réclamer des dommages.

La Cour émet donc l'ordonnance *Anton Piller*, la limitant par ailleurs à la recherche sur les ordinateurs, logiciels, accessoires et supports informatiques du directeur scientifique dans les locaux abritant son laboratoire personnel.

Cette décision, tout comme la précédente, est un exemple intéressant d'application de l'ordonnance *Anton Piller* dans un contexte où un ex-employé a fraudé son employeur. Par ailleurs, comme il peut être difficile de démontrer, à ce stade, que les fraudeurs ont l'intention de détruire la preuve sans l'obtention de l'ordonnance *Anton Piller*, les tribunaux ont accepté de présumer cette intention dans certaines circonstances, dont la présence d'un comportement malhonnête, tel que nous le verrons ci-après.

B) La possibilité d'inférer le risque de destruction de la preuve à partir du comportement du défendeur

La troisième condition d'ouverture de l'ordonnance *Anton Piller* exige de démontrer qu'il existe une possibilité réelle que les biens et documents visés soient détruits ou cachés par le défendeur. La Cour d'appel a récemment rappelé dans l'arrêt *IMS Health Canada inc.*⁴⁰ qu'il peut être difficile de prouver l'intention de détruire ou de cacher des biens ou documents. En conséquence, les tribunaux acceptent parfois d'en présumer l'existence. C'est le cas par exemple devant la preuve d'un comportement malhonnête du défendeur⁴¹. Ce type de présomption peut donc s'avérer particulièrement utile dans un contexte de fraude commerciale.

40. *IMS Health Canada inc. c. Th!nk Business Insights ltd.*, préc., note 14, par. 47.

41. *Id.*

La Cour supérieure s'était déjà penchée sur la question en 2009 dans la décision *Task Micro-Electronics*⁴². Dans cette affaire, la Cour était saisie d'une requête en annulation d'une ordonnance *Anton Piller*. La demanderesse avait obtenu une ordonnance *Anton Piller* pour saisir la preuve de l'usurpation de données par le défendeur. Ce dernier était un ancien employé qui avait été mis au courant de plusieurs particularités technologiques des logiciels de la demanderesse, y compris des secrets de commerce. La demanderesse le soupçonnait d'avoir détourné des informations confidentielles pour créer une entreprise identique à la sienne et qui sollicitait ses clients.

Analysant la troisième condition d'ouverture de l'ordonnance *Anton Piller*, la Cour supérieure indique qu'il s'avère parfois pratiquement impossible d'obtenir l'aveu du défendeur de son intention de détruire les éléments de preuve incriminants en sa possession. Cette preuve d'intention en matière civile peut donc se faire par inférence. Si, en évaluant la conduite passée du défendeur, le juge conclut à la déloyauté de celui-ci, et que preuve est faite qu'il serait facile pour lui d'éliminer les objets saisis, « l'équation est complète »⁴³. Le juge saisi d'une demande *Anton Piller* est alors invité à en inférer que les éléments de preuve à saisir risquent de disparaître si avis est donné au défendeur.

Le risque de destruction des pièces à conviction peut donc se présumer à partir du comportement du défendeur. Le demandeur doit démontrer, à la satisfaction du juge saisi de la demande, que le défendeur, en raison de ses agissements passés ou actuels, sera incité à détruire ou à cacher les éléments de preuve incriminants s'il y avait signification régulière des procédures⁴⁴.

Quant à la facilité pour le défendeur d'éliminer la preuve incriminante, nous sommes d'avis que la présence d'éléments de preuve sous forme de données informatiques devrait faciliter l'obtention de l'ordonnance *Anton Piller*. À cet effet, la Cour suprême

42. *Task Micro-Electronics inc. c. Bilkhu*, préc., note 14.

43. *Id.*, par. 78.

44. *Id.*, par. 80.

du Canada a déjà souligné que les ordonnances *Anton Piller* sont particulièrement utiles en cette ère de forte dépendance à l'informatique, où les documents peuvent facilement être supprimés, déplacés ou détruits⁴⁵.

En l'absence d'une preuve d'un comportement malhonnête et déloyal du défendeur, le tribunal devra toutefois présumer de la bonne foi du défendeur. Il ne devra accorder l'ordonnance *Anton Piller* que si le demandeur démontre le risque de destruction des biens et documents visés en soumettant des éléments concrets justifiant ses craintes. C'est la conclusion à laquelle en arrive la Cour supérieure dans l'affaire *Jaoude c. Université Laval*⁴⁶. Dans cette affaire, le demandeur requérait l'émission d'une ordonnance *Anton Piller*, *ex parte* et *in camera*, afin d'obtenir une copie intégrale de son dossier académique. Il craignait que, sans l'émission d'une ordonnance, l'Université Laval tente d'altérer son dossier. La Cour supérieure rappelle alors qu'elle doit présumer de la bonne foi des défendeurs, à moins que le demandeur ne soumette des éléments concrets qui justifient ses craintes⁴⁷. En l'espèce, la Cour conclut que le demandeur n'a pas réussi à la convaincre du risque de destruction ou de falsification du dossier académique par l'Université Laval. La Cour rejette donc la requête, se considérant bien fondée de présumer que l'Université Laval sait qu'elle n'a pas le droit d'altérer ni de faire disparaître des documents compris dans un dossier académique et qui seront pertinents à un litige.

C) La pleine et entière divulgation des faits pertinents

Dans deux décisions récentes⁴⁸, la Cour d'appel a confirmé que, dans le cadre d'une ordonnance *Anton Piller*, le demandeur a une obligation de pleine et entière divulgation des faits pertinents.

45. *Celanese Canada inc. c. Murray Demolition Corp.*, préc., note 22.

46. *Jaoude c. Université Laval*, 2012 QCCS 3993.

47. *Id.*, par. 12.

48. *IMS Health Canada inc. c. Th!nk Business Insights ltd.*, préc., note 14; *Marciano (séquestre de)*, 2012 QCCA 1881.

Dans l'arrêt *IMS Health Canada inc.*⁴⁹, la Cour d'appel, se référant à l'arrêt *Celanese*⁵⁰, rappelle qu'au stade du prononcé de l'ordonnance *Anton Piller*, le juge ne peut s'appuyer que sur les allégations de la requête et sur les déclarations assermentées et pièces déposées à son soutien. Il s'ensuit que le juge doit alors compter sur une divulgation fidèle et complète de la part des demandeurs, et tout autant, sinon plus, sur le professionnalisme des avocats qui participent à l'exécution de l'ordonnance. De l'avis de la Cour d'appel, ce fardeau de divulgation est lourd pour le demandeur⁵¹. En somme, le demandeur est tenu de divulguer et d'alléguer dans sa requête tous les faits dont il a connaissance, qu'ils avantagent ou non sa position, afin de permettre au juge de rendre une décision éclairée fondée sur toutes les informations connues, nécessaires et requises⁵².

Dans cet arrêt, la Cour d'appel confirme de plus qu'en cas de défaut du demandeur d'avoir divulgué tous les faits pertinents l'ordonnance *Anton Piller* pourra être annulée sur requête⁵³, et la demanderesse, tenue responsable des dommages subis par la défenderesse lors de l'exécution illégale ou abusive de l'ordonnance *Anton Piller*⁵⁴. La Cour n'énonce toutefois pas le critère devant guider le juge dans son analyse de l'obligation de pleine et entière divulgation des faits pertinents.

En 2009, dans la décision *Task Micro-Electronics inc.*⁵⁵, la Cour supérieure s'était penchée sur la question dans le cadre d'une requête en annulation d'une ordonnance *Anton Piller* pour défaut

49. *IMS Health Canada inc. c. Th!nk Business Insights ltd.*, préc., note 14.

50. *Celanese Canada inc. c. Murray Demolition Corp.*, préc., note 22, par. 36.

51. *IMS Health Canada inc. c. Th!nk Business Insights ltd.*, préc., note 14, par. 48.

52. D. FERRON, M. PICHÉ-MESSIER et L. POITRAS, préc., note 1, p. 142. À titre d'exemple, un demandeur devrait divulguer la présence d'activités légitimes du défendeur ou les résultats non conclusifs d'une enquête sur les opérations du défendeur.

53. *IMS Health Canada inc. c. Th!nk Business Insights ltd.*, préc., note 14, par. 49.

54. D. FERRON, M. PICHÉ-MESSIER et L. POITRAS, préc., note 1, p. 142.

55. *Task Micro-Electronics inc. c. Bilkhu*, préc., note 14.

de la demanderesse d'avoir procédé à une divulgation complète des faits. La Cour supérieure avait alors conclu qu'il ne s'agissait pas de s'adonner à une analyse pointue et tatillonne pour trouver des faits qui auraient pu ou dû se retrouver dans l'un ou l'autre des affidavits. À son avis, c'était plutôt le critère de la bonne foi qui devait guider l'appréciation de l'obligation de divulgation⁵⁶. La Cour avait donc rejeté la requête en annulation⁵⁷, concluant que la demanderesse avait « agi avec la plus entière bonne foi dans sa démarche dont l'objectif était et demeure celui d'assurer la survie de son entreprise »⁵⁸.

Toutefois, dans le récent arrêt *Marciano (séquestre de)*⁵⁹, la Cour d'appel conclut que l'obligation de pleine et entière divulgation des faits d'une partie cherchant à obtenir une ordonnance *ex parte* doit plutôt être évaluée selon un critère objectif⁶⁰. Elle ajoute aussi que cette obligation est essentielle considérant qu'une ordonnance *ex parte* porte atteinte au principe fondamental selon lequel toute partie à un litige a le droit d'être entendue :

As a general rule, an obligation of full and frank disclosure applies in Quebec in connection with any ex parte orders because counsel for the applicant is asking the judge to engage in a procedure that runs counter to the fundamental principle of justice that all sides of a dispute should be heard. In my view, it follows that in cases where opposing interests are certain to exist, the moving party "is under a super-added duty to the court" (Canadian Paraplegic Association, supra) to state its own case fairly and to inform the Court of any points of fact or law known to it which favour the other side that may have a bearing on the outcome of the application. This obligation should be considered according to an objective standard: what would

56. *Id.*, par.121.

57. Voir : *Saphie Number One Ltd. c. 6091636 Canada Inc.*, 2008 QCCS 2233.

58. *Task Micro-Electronics inc.c. Bilkhu*, préc., note 14, par. 122.

59. *Marciano (séquestre de)*, préc., note 48.

60. *Id.*, par. 47.

a reasonably qualified lawyer have done in the same circumstances?⁶¹

Quant aux facteurs dont devrait tenir compte le juge devant qui est présentée une requête pour réviser ou annuler une ordonnance *ex parte*, ils peuvent se résumer ainsi⁶² :

- 1) l'importance des faits omis sur chacune des questions soumises au juge;
- 2) le fait que ces omissions ont été faites par inadvertance, que leur importance ait été sous-estimée ou qu'elles ont été faites avec l'intention de tromper le juge;
- 3) le préjudice causé à la partie affectée par l'ordonnance *ex parte*;
- 4) la possibilité que l'ordonnance ait tout de même été accordée si le dossier avait été complet.

Ainsi, il est essentiel pour le demandeur, même dans un contexte de fraude, de respecter l'obligation de pleine et entière divulgation des faits pertinents afin d'éviter que l'ordonnance *Anton Piller* qu'il obtiendra (ou toute autre ordonnance rendue *ex parte*) ne soit annulée.

D) L'accès à la preuve saisie dans le cadre d'une requête en annulation de l'ordonnance

La doctrine et la jurisprudence québécoises ont maintes fois reconnu qu'une requête en annulation d'ordonnance *Anton Piller* procède *de novo*⁶³. Le débat est alors tranché contradictoirement par un juge pour la première fois. Ainsi, en théorie, toute preuve ou tout fait pertinent, même postérieur à l'ordonnance, est recevable. Il s'agit d'un principe reconnu tant en droit civil qu'en *common*

61. *Id.*

62. *Id.*

63. D. FERRON, M. PICHÉ-MESSIER et L. POITRAS, préc., note 1, p.180; *IMS Health Canada inc. c. Think Business Insights ltd.*, préc., note 14, par. 56.

*law*⁶⁴. Cela signifie-t-il pour autant que la partie demanderesse ou saisissante pourra automatiquement avoir accès à la preuve saisie pour préparer sa défense dans le cadre de la requête en annulation? C'est la question à laquelle a répondu récemment la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *IMS Health Canada inc.*⁶⁵.

Dans cet arrêt, la Cour d'appel porte un nouveau regard sur un courant jurisprudentiel qui semblait établi dans les provinces de *common law*, selon lequel la partie saisissante avait un accès immédiat à la preuve saisie avant même que le tribunal ne statue sur les motifs d'annulation. À cet égard, la Cour d'appel conclut dans *IMS Health Canada inc.* qu'il n'existe pas de droit d'accès immédiat et automatique à la preuve saisie dans notre droit civil québécois. Le juge d'instance doit plutôt exercer judiciairement une discrétion avant de permettre l'accès, en tenant compte notamment des circonstances de l'affaire, des motifs d'annulation invoqués par la partie saisie et de l'intérêt de la justice.

Dans cette affaire, une ordonnance *Anton Piller* avait été émise dans le cadre d'une requête en injonction interlocutoire de l'appelante à l'encontre d'un ex-employé et du nouvel employeur de ce dernier (les « intimés »). L'appelante alléguait la violation par l'ex-employé de ses obligations légales de loyauté et contractuelles de confidentialité, de non-concurrence et de non-sollicitation. L'ordonnance émise prévoyait que la partie saisie avait 24 heures pour identifier les documents au sujet desquels elle entendait soulever une objection de privilège, de confidentialité ou de non-pertinence. À défaut, l'accès de la partie saisissante à la preuve était permis. Toutefois, l'ordonnance prévoyait aussi le droit des intimés d'en demander l'annulation.

64. *IMS Health Canada inc. c. Th!nk Business Insights ltd.*, préc., note 14, par. 56.

65. *Id.*, (demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême rejetée, n° 35544, 20 février 2014). Cet arrêt de la Cour d'appel fut cité récemment dans une autre décision de la Cour d'appel, à titre de référence quant à l'état du droit en matière d'ordonnances *Anton Piller*, voir : *Desmarteau c. Ontario Lottery and Gaming Corporation*, 2013 QCCA 2090, par. 61.

L'exécution de l'ordonnance avait entraîné la saisie de matériel contenant des dizaines de milliers de fichiers informatiques. À la suite de l'exécution, les intimés avaient intenté une requête en annulation de l'ordonnance, présentable en Cour supérieure le même jour que la requête de l'appelante pour le renouvellement de l'ordonnance *Anton Piller* émise. Le juge de première instance a alors prolongé l'ordonnance *Anton Piller* jusqu'au jugement final sur la requête des intimés en annulation de celle-ci, et déclaré que la preuve saisie demeurerait placée sous scellés sous la garde des avocats superviseurs indépendants jusqu'au jugement final. Le juge avait alors considéré que l'objectif de conservation de la preuve était atteint et que permettre l'accès immédiat de l'appelante à la preuve saisie rendrait la requête en annulation des intimés sans objet véritable.

Dans ses motifs d'appel, l'appelante invoquait que la requête en annulation d'une ordonnance *Anton Piller* devait procéder comme une audience *de novo*. En conséquence, elle pouvait présenter toute preuve pertinente, incluant les éléments saisis à l'occasion de l'exécution de l'ordonnance *Anton Piller*. Elle invoquait à son appui un courant jurisprudentiel, principalement des provinces de *common law*, selon lequel l'accès aux « fruits of the search » était une pratique courante et reconnue lors d'un débat relatif à l'annulation d'une ordonnance *Anton Piller*. De plus, l'appelante alléguait que le jugement entrepris lui niait le droit d'obtenir copie de la preuve saisie pour l'utiliser dans sa contestation de la requête des intimés en annulation de l'ordonnance. Cette preuve étant pertinente, cela violait son droit à une défense pleine et entière, en plus de tendre à déconsidérer l'administration de la justice.

Les intimés étaient, quant à eux, d'avis que permettre à l'appelante l'accès à la preuve saisie reviendrait à leur nier le droit à une requête en annulation de l'ordonnance et à rendre le débat à ce sujet purement académique. Ils faisaient essentiellement valoir que leurs moyens de contestation s'attaquaient à la suffisance des allégations à l'appui de la demande d'ordonnance et au non-respect des conditions d'ouverture et des modalités de préparation et

d'exécution imposées par la Cour suprême dans l'arrêt *Celanese*⁶⁶. En conséquence, il fallait d'abord statuer sur les motifs d'annulation de l'ordonnance avant de déterminer si un accès de l'appelante à la preuve saisie était possible. Autrement, l'ordonnance *Anton Piller* deviendrait un moyen de communication de la preuve au lieu d'être un moyen de conservation de la preuve.

Dans son analyse, la Cour rappelle les diverses mesures de protection de la partie faisant l'objet de l'ordonnance *Anton Piller* retenues par la Cour suprême dans l'arrêt *Celanese*, incluant le droit fondamental du défendeur de faire annuler rapidement l'ordonnance devant un tribunal. Par ailleurs, bien qu'elle doive procéder *de novo*, ce qui implique de permettre le dépôt d'une preuve même postérieure à l'ordonnance rendue *ex parte*, la Cour est d'avis qu'il ne va pas de soi que cela comprend nécessairement et en tout temps la preuve saisie. Dans l'état actuel du droit, il n'y aurait pas de droit d'accès immédiat et automatique à la preuve saisie à l'occasion de chaque débat sur une requête en annulation d'une ordonnance *Anton Piller*.

Quant au courant jurisprudentiel invoqué par l'appelante, la Cour y apporte des nuances importantes qu'il y a lieu de résumer ci-après. D'une part, l'ensemble de la jurisprudence soumise doit être considérée avec prudence car elle émane d'une autre époque. En matière d'ordonnance *Anton Piller*, la jurisprudence a beaucoup évolué depuis les années 1980 et fait l'objet d'un encadrement nettement plus strict au Canada depuis l'arrêt *Celanese* en 2006. Ainsi, de l'avis de la Cour d'appel, toute décision antérieure à l'arrêt *Celanese* devrait être analysée avec circonspection⁶⁷. D'autre part, plusieurs décisions invoquées au soutien du courant jurisprudentiel en question font ressortir que les saisies faisant l'objet d'une requête en annulation étaient effectuées sans la présence d'un avocat superviseur indépendant et, souvent, par l'avocat des demandeurs eux-mêmes. Ainsi, dans de nombreux cas, la preuve était non seulement connue et divulguée, mais elle était

66. *Celanese Canada inc. c. Murray Demolition Corp.*, préc., note 22.

67. *IMS Health Canada inc. c. Th!nk Business Insights ltd.*, préc., note 14, par. 104.

déjà entre les mains de la partie saisissante au moment de la requête en annulation. Il faut donc distinguer ces décisions d'une situation où, comme en l'espèce, la preuve à laquelle veut accéder l'appelante lui est encore inconnue. Finalement, dans plusieurs décisions, la réaction de la partie saisie était tardive, alors qu'en l'espèce, les intimés ont présenté leur requête en annulation moins de deux semaines après l'exécution de l'ordonnance *Anton Piller*.

Ainsi, de l'avis de la Cour d'appel, il est préférable de s'en tenir à l'exercice d'une discrétion du juge d'instance plutôt qu'à l'absolu d'un accès immédiat et automatique à la preuve saisie en toutes circonstances. Cette discrétion doit principalement être tributaire de trois facteurs : les circonstances propres au dossier concerné, les motifs d'annulation invoqués et l'intérêt de la justice. Comme le souligne la Cour d'appel avec justesse, lorsque c'est la légalité de paragraphes précis de l'ordonnance *Anton Piller* qui est attaquée, la preuve saisie n'est pas toujours requise pour pouvoir statuer adéquatement sur les motifs d'annulation.

Toutefois, qu'en est-il lorsque les motifs d'annulation visent plutôt le fond du litige, soit par exemple lorsque le défendeur conteste l'ordonnance au motif que les reproches lui étant adressés sont sans fondement et qu'elle a donc été obtenue sans droit? Dans ces cas, la meilleure preuve ne devient-elle pas les « fruits of the search », soit les éléments saisis? À cet égard, la décision de la Cour d'appel a le mérite d'indiquer que le juge garde discrétion pour décider de la question, une discrétion qui doit toutefois être guidée par les circonstances propres au dossier concerné, les motifs d'annulation invoqués et l'intérêt de la justice.

En dernier lieu, soulignons que la Cour d'appel applique plusieurs principes de notre droit civil québécois afin d'analyser la portée et l'étendue de l'ordonnance *Anton Piller*, à savoir, notamment, la saine administration de la justice, le principe de proportionnalité et le droit d'être entendu. D'une part, elle est d'avis que le critère de proportionnalité commande dans cette affaire de faire l'examen des motifs d'annulation soulevés avant que les intimés ne se soumettent à l'exercice fastidieux et coûteux

d'identifier parmi les dizaines de milliers de fichiers informatiques saisis ceux qui sont sujets à privilège ou confidentialité ou ceux qui sont non pertinents. D'autre part, les intimés ont fait usage avec diligence du droit que leur reconnaît l'arrêt *Celanese* de s'adresser aux tribunaux pour contester la légalité de ce qu'ils ont subi. Ce faisant, ils requièrent la reconnaissance de deux droits fondamentaux, soit celui d'être entendus et celui d'être protégés contre les fouilles et saisies qu'ils considèrent abusives. L'intérêt de la justice et sa saine administration doivent leur permettre, en l'espèce, de faire valoir ces droits avant qu'un accès à la preuve saisie ne soit autorisé à la partie adverse. Pour toutes ces raisons, la Cour rejette donc l'appel.

À la lumière de cet arrêt, nous concluons qu'il est toujours possible pour la partie saisissante d'avoir accès à la preuve saisie dans le cadre de l'exécution d'une ordonnance *Anton Piller*, et ce, même lorsque le défendeur recherche l'annulation de cette ordonnance. Le juge devra alors utiliser sa discrétion pour évaluer si les circonstances propres au dossier concerné, les motifs d'annulation invoqués et l'intérêt de la justice militent ou non en faveur d'un accès immédiat.

Il sera intéressant de suivre la décision de la Cour supérieure dans ce dossier quant à la requête en annulation de l'ordonnance. D'ici là, nous soumettons que, sur la question précise de l'accès à la preuve, la prudence devrait être de mise. Les critères retenus par la Cour d'appel devraient être appliqués avec parcimonie afin de ne pas limiter l'accès immédiat à la preuve, lorsque cet accès s'avère nécessaire dans les circonstances afin de protéger et conserver la preuve, ce qui est l'essence même du recours. Le contraire aurait pour effet, dans certains cas, de permettre au défendeur ou à ses complices de gagner du temps et causerait un préjudice certain au demandeur. En effet, l'accès immédiat à la preuve saisie à la suite d'une ordonnance *Anton Piller* permet souvent de découvrir l'identité de nouveaux complices, ou encore de nouveaux lieux sous le contrôle du défendeur, où se retrouvent des éléments de preuve déterminants visés par l'ordonnance. En l'absence d'un accès rapide à la preuve saisie sous la garde des huissiers ou des avocats

superviseurs indépendants, le demandeur risque de subir un préjudice important du fait de la destruction des éléments de preuve qu'il cherchait justement à conserver. Quant au préjudice subi par le défendeur, il faut garder à l'esprit qu'en tout temps il est possible de subordonner l'ordonnance *Anton Piller* à un cautionnement du demandeur, et, en cas d'exécution abusive ou illégale de l'ordonnance, d'obtenir des dommages et intérêts en réparation du préjudice subi. Ainsi, à moins de circonstances semblables à celles de la décision *IMS Health Canada inc.*, nous sommes d'avis que l'accès immédiat à la preuve saisie devrait encore prévaloir.

2. L'ordonnance d'injonction *Mareva*

L'ordonnance d'injonction *Mareva*⁶⁸, qualifiée de « freezing order » par nos confrères de *common law*, est une procédure présentée *ex parte* permettant à la partie requérante de saisir ou geler des actifs en possession du défendeur ou d'une tierce partie⁶⁹ afin d'en empêcher la disparition⁷⁰. L'ordonnance *Mareva* agit directement à l'égard de la personne visée et non pas envers ses biens, contrairement à la saisie avant jugement du *Code de procédure civile*⁷¹. L'objectif est la conservation des actifs dans des situations de fraude et de détournement de fonds afin d'assurer au demandeur qui obtiendrait un jugement final favorable de pouvoir être dédommagé⁷². Cette ordonnance s'avère donc particulièrement utile dans un contexte de fraude commerciale, permettant d'interdire au fraudeur « d'aliéner des biens ou d'en disposer de quelques façons que ce soit avant l'instruction de la cause »⁷³.

L'ordonnance *Mareva* tire son origine de l'arrêt anglais *Mareva Compania Naviera SA c. International Bulkcarriers SA (The*

68. Par souci de concision, les auteurs référeront ci-après à l'« ordonnance *Mareva* ».

69. Par exemple une fiducie : *Thibault c. Empire (L'), compagnie d'assurance-vie*, 2012 QCCA 1748.

70. *Aetna Financial Services Ltd. c. Feigelman*, [1985] 1 R.C.S. 2, par. 1.

71. *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Weinberg*, 2007 QCCS 4288, par. 19; voir : *Ishizuka c. Robertson*, 2009 QCCS 4541.

72. *Thibault c. Empire (L'), compagnie d'assurance-vie*, préc., note 69, par. 56.

73. *Aetna Financial Services Ltd. c. Feigelman*, préc., note 70.

Mareva)⁷⁴. La Cour suprême du Canada a reconnu l'application de cette ordonnance en droit canadien et la compétence des cours supérieures des provinces pour l'émettre dans l'arrêt *Aetna Financial Services*⁷⁵ en 1985. Dans cet arrêt, la Cour suprême indique aussi que ce type d'ordonnance peut être émis au Québec en vertu de l'article 752 C.p.c.⁷⁶.

Les critères pour émettre une ordonnance d'injonction *Mareva* peuvent varier d'une province à l'autre⁷⁷. Au Québec, les tribunaux ont confirmé que l'ordonnance *Mareva* s'octroie selon les critères habituels de l'injonction interlocutoire, à savoir l'apparence de droit, le préjudice sérieux ou irréparable et la balance des inconvénients⁷⁸.

A) La nature de l'ordonnance d'injonction *Mareva*, son objectif et ses conditions d'ouverture à la lumière de la jurisprudence récente

Dans le récent arrêt *Thibault*⁷⁹, la Cour d'appel du Québec, se référant aux auteurs de doctrine⁸⁰, définit l'ordonnance *Mareva* comme un « *freezing order* » permettant de geler des actifs visés entre les mains du possesseur, que ce soit le défendeur lui-même ou une tierce partie⁸¹. Cette ordonnance vise généralement les situations de fraude, de détournement et de dissipation douteuse d'actifs⁸².

Quant à ses conditions d'ouverture, l'ordonnance *Mareva* s'octroie selon les critères habituels de l'injonction interlocutoire⁸³,

74. *Mareva Compania Naviera SA c. International Bulkcarriers SA (The Mareva)*, [1980] 1 All. E.R. 213.

75. *Aetna Financial Services Ltd. c. Feigelman*, préc., note 70, par. 41.

76. *Id.*, par. 12.

77. Voir : *Chitel v. Rothbart*, (1982) 39 O.R. (2d) 513 (Ont. C.A.).

78. *Fer et métaux américains, s.e.c. c. Picard*, préc., note 14, par. 57.

79. *Thibault c. Empire (L'), compagnie d'assurance-vie*, préc., note 69.

80. D. FERRON, M. PICHÉ-MESSIER et L. POITRAS, préc., note 1, p. 217.

81. *Thibault c. Empire (L'), compagnie d'assurance-vie*, préc., note 69, par. 56.

82. *Id.*

83. C.p.c., art. 752.

à savoir l'apparence d'un droit sérieux et valable susceptible d'être reconnu par un jugement final, le préjudice sérieux ou irréparable et la balance des inconvénients⁸⁴. Il faut par ailleurs noter que certaines décisions ont considéré que l'ordonnance *Mareva* s'octroyait selon les critères habituels pour une ordonnance d'injonction *provisoire*, à savoir l'urgence, l'apparence de droit, le préjudice sérieux ou irréparable et la balance des inconvénients⁸⁵. Dans la récente décision *Droit de la famille-132485*⁸⁶, la Cour supérieure souligne qu'à ces conditions s'ajoute l'obligation de divulgation franche et complète du demandeur, qui est exigeante lorsque l'ordonnance est obtenue *ex parte*⁸⁷.

Finalement, les tribunaux québécois ont récemment confirmé que l'ordonnance d'injonction *Mareva* restait une ordonnance à caractère exceptionnel⁸⁸. Outre les critères habituels de l'injonction, cette ordonnance ne doit être rendue que s'il est démontré l'existence d'un risque réel de voir disparaître clandestinement les biens d'un débiteur potentiel, au détriment du créancier qui exerce un recours contre lui⁸⁹. En somme, il faut convaincre le juge que, sans l'émission de l'ordonnance recherchée, le défendeur, dans une démarche empreinte de mauvaise foi, cherchera à disposer de ses biens de manière à déjouer toute tentative de la demanderesse de faire exécuter contre lui le jugement final, si tant est que celui-ci lui soit favorable⁹⁰.

⁸⁴. *Empire, compagnie d'assurance vie c. Thibault*, 2011 QCCS 3556, par. 130, voir : *Fer et métaux américains, s.e.c. c. Picard*, préc., note 14, par. 57.

⁸⁵. *Droit de la famille-132485*, préc., note 12, par. 30.

⁸⁶. *Id.*

⁸⁷. *Id.* La Cour supérieure se réfère à l'arrêt de la Cour d'appel *Marciano (séquestre de)*, préc., note 48.

⁸⁸. *Fer et métaux américains, s.e.c. c. Picard*, préc., note 14.; *Droit de la famille-132485*, préc., note 12.

⁸⁹. *Fer et métaux américains, s.e.c. c. Picard*, préc., note 14, par. 56.

⁹⁰. *Droit de la famille-132485*, préc., note 12, par. 31.

i. Application des conditions d'ouverture dans un contexte de fraude commerciale

La décision 4463251 *Canada inc. c. Duo-Regen Technologies Canada inc.*⁹¹ est un exemple de l'utilité de l'ordonnance *Mareva* dans un contexte de fraude commerciale. Dans cette affaire, les demanderesses intentaient un recours en résolution de contrats de distribution conclus avec les défenderesses au motif que leur consentement avait été vicié par la fraude, notamment par la falsification de documents.

En raison des agissements des défenderesses pendant l'instance (retraits d'argent dans les comptes de banque, transferts de fonds effectués à l'étranger, non-déclaration de comptes bancaires personnels en France, obtention d'une hypothèque grevant l'immeuble de l'un des défendeurs), les demanderesses craignaient d'être incapables d'exécuter un éventuel jugement. Elles ont donc présenté une requête en injonction interlocutoire de type *Mareva* afin d'empêcher les défenderesses de dilapider leurs biens.

La Cour supérieure, se référant à la décision *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Weinberg*⁹², qualifie l'ordonnance *Mareva* « d'injonction mandatoire préventive »⁹³. Elle rappelle que cette ordonnance n'est prononcée que dans des cas exceptionnels où il est démontré qu'il existe un risque réel de voir disparaître clandestinement les biens d'un débiteur potentiel, au détriment du créancier qui exerce un recours contre lui⁹⁴. Elle fait siens les propos suivants du juge Jean-Yves Lalonde au nom de la Cour supérieure dans la décision *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Weinberg*, précitée :

91. 4463251 *Canada Inc. c. Duo-Regen Technologies Canada Inc.*, 2011 QCCS 4043.
92. *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Weinberg*, préc., note 71.
93. 4463251 *Canada Inc. c. Duo-Regen Technologies Canada Inc.*, préc., note 91, par. 5.
94. *Id.*

Pour conclure à l'émission d'une telle injonction mandataire préventive, le Tribunal appelé à l'émettre, doit se convaincre qu'à moins d'imposer des restrictions sévères à la liberté du défendeur de disposer de ses actifs, pendant l'instance, il est raisonnable de craindre que celui-ci cherche à déjouer l'exécution d'un jugement éventuel par la commission d'actes trompeurs (ex: en camouflant les biens de son patrimoine) de nature à causer un préjudice irréparable au demandeur.⁹⁵

La Cour conclut qu'en l'espèce le comportement des défenderesses démontre clairement qu'elles tentent de soustraire leurs biens à l'exécution d'un éventuel jugement. Par conséquent, le risque de voir ces biens disparaître est sérieux, et le préjudice serait irréparable. La Cour accueille donc la requête jusqu'à l'audience sur le fond et ordonne aux défenderesses un gel de tous leurs actifs « wherever situated worldwide ». Ce type d'injonction *Mareva* est maintenant reconnu en droit québécois, comme nous le verrons ci-après.

B) Les « Worldwide » *Mareva*

De nos jours, il est courant pour un défendeur de détenir des biens dans plusieurs pays et d'avoir la capacité de transférer de larges sommes d'argent rapidement à travers les frontières et les juridictions. Pour assurer l'efficacité de l'ordonnance *Mareva* à l'encontre de manœuvres frauduleuses de dissipation d'actifs, les tribunaux canadiens ont accordé à cette ordonnance une portée extraterritoriale⁹⁶. Ce pouvoir juridictionnel élargi est justifié par le fait qu'une telle ordonnance d'injonction est émise à l'égard d'une personne et ne vise ses biens que de façon accessoire.

Cette position a été confirmée au Québec en 2005 dans l'affaire *Cinar c. Weinberg*⁹⁷, alors que la Cour supérieure accordait une injonction *Mareva* visant non seulement les biens du défendeur

95. *Id.*

96. *Mooney v. Orr*, [1995] 1 W.W.R. 517, par.12.

97. *Cinar c. Weinberg*, EYB 2005-93472 (C.S.).

situés au Québec, mais également ceux à l'extérieur de la province. Plus récemment, la Cour supérieure a également émis de telles ordonnances. Ainsi, dans *Cloutier c. Cloutier*⁹⁸, la Cour a renouvelé une ordonnance injonctive de type *Mareva* qui avait accordé le gel de tous les comptes de banque du défendeur, peu importe leur emplacement, au Québec, au Mexique ou en Équateur. Dans la décision *4463251 Canada inc. c. Duo-Regen Technologies Canada inc.*⁹⁹, dont nous avons traité précédemment, la Cour supérieure a ordonné aux défendeurs de ne pas se départir de leurs actifs « wherever situated worldwide »¹⁰⁰.

Il faut toutefois noter que l'exécution de l'ordonnance d'injonction *Mareva* reste tout d'abord subordonnée à la loi étrangère, mais également aux obligations contractuelles que pourrait avoir l'institution financière, par exemple, à l'égard des défendeurs¹⁰¹. Ainsi, l'exécution en pays étranger d'une telle ordonnance peut s'avérer difficile et inefficace dans certains cas. Il n'en demeure pas moins que les « worldwide » *Mareva* s'avèrent particulièrement utiles dans une poursuite civile pour fraude, permettant d'agir le plus rapidement possible dans toutes les juridictions visées¹⁰².

C) La relation entre l'ordonnance d'injonction *Mareva* et la saisie avant jugement du Code de procédure civile

Les ordonnances de type *Anton Piller*, *Mareva* et *Norwich* tirent leur origine de la *common law*. Ce sont des ordonnances dites hybrides, qui s'apparentent à l'injonction, à la saisie avant jugement ou encore à l'interrogatoire au préalable prévus au *Code de procédure civile*. Dans ce contexte, les tribunaux québécois sont

98. *Cloutier c. Cloutier*, 2010 QCCS 4270.

99. *4463251 Canada Inc. c. Duo-Regen Technologies Canada Inc.*, préc., note 91.

100. *Id.*, par. 21.

101. Vaughan BLACK et Edward BABIN, *Mareva Injunctions in Canada: Territorial Aspects* (1997) 28 *Can. Bus. L.J.* 430, 460.

102. Voir aussi la décision *Fer et métaux américains, s.e.c. c. Picard*, préc., note 14, qui fait référence à une « worldwide *Mareva* » émise dans ce dossier.

amenés, encore aujourd'hui, à analyser la place de ces ordonnances dans la procédure civile québécoise.

À cet effet, certains praticiens se questionnent encore sur le rôle de l'ordonnance *Mareva* en droit civil québécois au regard de la saisie avant jugement prévue à l'article 733 C.p.c.¹⁰³. L'article 733 C.p.c. prévoit : « Le demandeur peut, avec l'autorisation d'un juge, faire saisir avant jugement les biens du défendeur, lorsqu'il est à craindre que sans cette mesure le recouvrement de sa créance ne soit mis en péril ». Ce remède vise à mettre sous la main de la justice le tout ou une partie du patrimoine d'un débiteur défaillant qui cherche à se soustraire à l'exécution d'un jugement¹⁰⁴. Le péril prévu à l'article 733 C.p.c. doit être un péril « objectif », c'est-à-dire des mouvements d'actifs frauduleux qui auraient pour but de permettre au défendeur de se soustraire à l'exécution d'un jugement favorable au demandeur¹⁰⁵. Or, on se rappellera que l'ordonnance *Mareva* a aussi comme objectif la conservation des actifs du défendeur dans des situations de fraude et de détournement de fonds afin d'assurer au demandeur qui obtiendrait un jugement final favorable de pouvoir être dédommagé¹⁰⁶.

Malgré cette ressemblance, la doctrine et la jurisprudence québécoises ont rappelé¹⁰⁷ dans les dernières années que, contrairement à la saisie avant jugement qui s'adresse directement aux biens, l'ordonnance *Mareva* vise plutôt les personnes, à qui il est interdit de poser certains gestes à l'égard de leurs biens¹⁰⁸.

103. C.p.c., art. 733.

104. *Société en commandite Adamax Immobilier c. Immobilier Soltron Inc.*, 2010 QCCS 5613, par. 16.

105. *Id.*, par. 15.

106. *Thibault c. Empire (L'), compagnie d'assurance-vie*, préc., note 69, par. 56.

107. Dans certains jugements, les tribunaux s'interrogent brièvement quant à la possibilité d'émettre soit un bref de saisie avant jugement, soit une ordonnance *Mareva*, reconnaissant implicitement qu'il s'agit de deux recours différents en droit civil québécois, voir : *Conseil Québécois sur le tabac et la santé c. JTI-MacDonald Corp.*, 2013 QCCS 6085; *Cousineau c. Alrod*, EYB 2012-204507 (C.S.).

108. *Fer et métaux américains, s.e.c. c. Picard*, préc., note 14, par. 55, voir : D. FERRON, M. PICHÉ-MESSIER et L. POITRAS, préc., note 1, p. 221.

Ainsi, la Cour supérieure s'est penchée sur cette question dans la décision *Ishizuka c. Robertson*¹⁰⁹. Dans cette affaire, la demanderesse intentait une requête pour ordonnance de sauvegarde de type *Mareva* dans le cadre d'une poursuite civile dans laquelle elle cherchait à obtenir le remboursement d'un prêt de 500 000 \$ avancé au défendeur. Ayant appris lors de l'instance que le défendeur avait vendu son seul immeuble au Québec, elle craignait que ce dernier ne se défasse du produit de la vente, soit 300 000 \$, et qu'elle ne puisse plus exécuter de jugement contre lui. Elle réclamait donc une ordonnance d'injonction qui empêcherait le défendeur d'utiliser le produit de la vente. En l'espèce, la Cour supérieure a conclu que les conditions pour émettre l'ordonnance *Mareva* étaient remplies et a donc ordonné au défendeur de s'abstenir d'aliéner ou de transférer le produit de la vente de son immeuble jusqu'à ce qu'un jugement final soit rendu dans le litige opposant les parties.

Or, dans cette affaire, le défendeur avait allégué que la demanderesse ne pouvait demander une ordonnance *Mareva*, car cette dernière faisait double emploi avec les dispositions du *Code de procédure civile* sur la saisie avant jugement. À cet égard, la Cour supérieure a clairement indiqué dans son dispositif que l'ordonnance *Mareva* ne faisait pas double emploi avec les dispositions du *Code de procédure civile* sur la saisie avant jugement. Elle s'est dite d'avis que ces deux recours obéissaient à des règles différentes, même s'ils visaient un même objet, soit celui d'assurer que l'exécution d'un jugement ne soit pas empêchée par des actes illégaux, irréguliers ou contraires à la bonne foi.

Dans une décision subséquente, la Cour supérieure s'est penchée à nouveau sur le sujet, alors qu'elle devait répondre à la question suivante : lorsque la saisie avant jugement demandée par une partie victime de fraude est accueillie, cette dernière peut-elle obtenir en plus une ordonnance *Mareva*? Ainsi, dans la récente décision *Fer et métaux américains*¹¹⁰, la Cour supérieure a conclu

109. *Ishizuka c. Robertson*, préc., note 71.

110. *Fer et métaux américains*, s.e.c. c. *Picard*, préc., note 14 (aucun appel logé).

que l'ordonnance *Mareva* n'était pas toujours nécessaire si la saisie avant jugement pratiquée apportait une protection suffisante à la partie demanderesse.

Dans cette affaire, les défendeurs s'adressaient au tribunal afin d'obtenir, d'une part, l'annulation de saisies avant jugement pratiquées contre leurs biens et, d'autre part, la suspension et la révision d'ordonnances de sauvegarde et d'injonction de type *Mareva* émises contre eux. Ces jugements s'inscrivaient dans le cadre d'une requête en dommages introduite par la demanderesse, une entreprise de recyclage de métal, contre les défendeurs, des ex-employés. La demanderesse leur reprochait des actes frauduleux commis à son endroit, tels que la fabrication de fausses factures ou de faux billets de pesée pour de la marchandise non livrée, des travaux effectués au domicile des défendeurs en utilisant le matériel de la demanderesse, sans compensation, et l'utilisation par les défendeurs de cartes de crédit de la demanderesse à des fins personnelles.

Analysant d'abord la requête des défendeurs en annulation des saisies avant jugement pour cause d'insuffisance des affidavits, la Cour a conclu qu'à première vue les faits allégués aux affidavits produits par la demanderesse étaient suffisamment graves et précis pour justifier le maintien des saisies effectuées avant jugement. La Cour était en effet d'avis que les fraudes décrites par la demanderesse s'échelonnaient sur une période plus ou moins prolongée et faisaient état d'une conduite malhonnête persistante. En conséquence, les mesures de saisie pratiquées devaient être maintenues pour éviter que la créance de la demanderesse ne soit mise en péril.

Analysant ensuite l'ordonnance *Mareva* émise, la Cour supérieure rappelle que cette ordonnance visait en l'espèce à interdire aux défendeurs de disposer, vendre, donner ou aliéner les biens ou actifs dont ils étaient propriétaires, de quelque manière que ce soit, au Québec, au Canada ou à l'étranger, et ce, jusqu'à nouvel ordre de la Cour. La Cour souligne alors que, contrairement aux ordonnances de saisie avant jugement qui s'adressent

directement aux biens, l'ordonnance *Mareva* vise plutôt les personnes, à qui il est interdit de poser certains gestes à l'égard de leurs biens¹¹¹.

Analysant les critères pour émettre une ordonnance *Mareva*¹¹², la Cour indique que l'ensemble des éléments de preuve établit, à première vue, que la demanderesse aurait été victime de fraudes commises par les défendeurs et que des mesures doivent être prises pour protéger sa créance, dans l'hypothèse d'un jugement éventuel favorable. Toutefois, elle est d'avis qu'elle doit évaluer la situation telle qu'elle se présente devant elle, alors que tous les biens des défendeurs sont déjà saisis, et en se rappelant que l'injonction *Mareva* demeure un remède exceptionnel qui ne doit être administré que si l'on cherche à déjouer un jugement éventuel en camouflant des biens de son patrimoine.

La Cour est d'avis qu'en l'espèce cette démonstration n'a pas été faite à l'égard des défendeurs. Bien que le comportement malhonnête des défendeurs puisse soulever des doutes, le fait que les biens visés aient été saisis constitue une protection suffisante¹¹³. Elle ajoute que, bien que certains défendeurs possèdent des biens à l'extérieur du pays non visés par les saisies, ceux ayant fait l'objet de saisies au Québec représentent une valeur substantielle et protègent suffisamment la créance de la demanderesse.

En conséquence, il est possible de conclure des décisions précédentes que la saisie avant jugement et l'ordonnance *Mareva* peuvent constituer des recours complémentaires en cas de fraude, lorsque certains biens ou actifs du défendeur ne sont pas connus du demandeur, ou sont situés dans une juridiction étrangère, et ne peuvent conséquemment être visés par une saisie avant jugement. Toutefois, si les biens et actifs saisis avant jugement sont d'une

111. *Id.*, par. 55 (aucun appel logé).

112. À savoir, comme discuté précédemment, les critères habituels de l'injonction, soit l'apparence de droit, le préjudice sérieux ou irréparable et la balance des inconvénients.

113. *Fer et métaux américains, s.e.c. c. Picard*, préc., note 14, par. 73 (aucun appel déposé).

valeur suffisamment élevée pour permettre de protéger la créance du demandeur, la Cour supérieure nous rappelle que l'ordonnance *Mareva* n'est alors plus nécessaire. Cette conclusion s'applique d'autant plus lorsque, depuis la saisie pratiquée, aucun fait précis ne laisse croire que les défendeurs tentent d'éluder ou de camoufler les biens de leur patrimoine¹¹⁴.

Par ailleurs, cette décision de la Cour supérieure nous permet de présager qu'une preuve d'expert pourra devenir essentielle dans un tel contexte afin d'évaluer la valeur des actifs autres que des sommes d'argent. Une attention particulière devrait par exemple être portée au Régime d'épargne retraite (REER) ou aux valeurs mobilières régis par des règles de liquidation bien précises. De plus, les tribunaux devront-ils estimer la valeur des actifs saisis selon une valeur marchande ou une valeur de liquidation? Comme on peut le comprendre, dans ces situations, les critères de détermination de la valeur des actifs par un expert deviennent primordiaux.

3. L'ordonnance d'injonction *Norwich*

L'ordonnance d'injonction *Norwich*¹¹⁵ est un outil procédural qui permet à celui qui s'en prévaut d'obtenir de l'information essentielle détenue par un tiers¹¹⁶. Dans un contexte de fraude, cette ordonnance s'avère utile, puisqu'elle permet la divulgation préalable d'information permettant de trouver l'identité des fraudeurs ou d'obtenir la preuve nécessaire pour poursuivre, avant même que ne soit intentée une action en justice¹¹⁷. Le tiers visé par l'ordonnance *Norwich* et dont on cherche à obtenir de l'information essentielle peut être une institution financière¹¹⁸ ou un fournisseur

114. *Id.*, par. 75 (aucun appel logé).

115. Par souci de concision, les auteurs référeront à l'« ordonnance *Norwich* ».

116. D. FERRON, M. PICHÉ-MESSIER et L. POITRAS, préc., note 1, p. 236.

117. *Alberta Treasury Branches v. Leahy*, 2000 ABQB 575, par.72, 73 et 106; confirmé par 2002 ABCA 101.

118. Voir : *Corbeil c. Caisse Desjardins de Lorimier*, 2011 QCCS 6867; *Gestion d'hôtel Sherbrooke Ltée (Proposition de)*, 2011 QCCS 7232; *GE Canada Equipment Financing G.P. c. TD Canada Trust*, 2010 QCCS 7128 (aucun appel logé).

de services internet¹¹⁹. Ce tiers doit toutefois être, à toutes fins pratiques, l'unique source d'information disponible¹²⁰.

Cette ordonnance tire son nom de la cause anglaise de 1974 *Norwich Pharmacal Co. v. Customs and Excise Commissioners*¹²¹. La Cour fédérale a reconnu l'application de l'ordonnance *Norwich* en droit canadien et sa compétence pour accorder ce remède en vertu de l'article 3 de la *Loi sur les Cours fédérales* dans la décision *Glaxo Wellcome PLC c. Ministre du Revenu National*¹²².

L'application de cette ordonnance en droit civil québécois a fait l'objet de discussions dans les dernières années. Après un

119. *Nagravision SA c. Iweb Technologies Inc.*, n° 500-17-081938-147, 11 avril 2014, j. Lacoursière.

120. *Fers et métaux américains, s.e.c. c. Picard*, 2013 QCCA 2255, par. 6.

121. *Norwich Pharmacal Co. v. Customs and Excise Commissioners*, [1974] A.C. 133, [1973] 3 W.L.R. 164, [1973] 2 All E.R. 943 (H.L.). Dans cette affaire, la compagnie Norwich Pharmacal (la « compagnie ») avait découvert, en consultant de l'information publiée par l'agence de douanes, qu'un composé chimique sur lequel elle détenait un brevet avait été importé en Grande-Bretagne à plusieurs reprises à son insu. Les importateurs n'étaient pas identifiés dans la documentation publiée par l'agence des douanes. La compagnie s'est donc adressée à celle-ci pour obtenir l'identité des importateurs, ce qui lui a été refusé, l'agence considérant que cette information était confidentielle. La Chambre des Lords anglaise a reconnu le droit de la compagnie d'obtenir l'identité des importateurs pour lui permettre d'entreprendre des procédures à l'égard de ceux-ci.

122. *Glaxo Wellcome PLC c. Ministre du Revenu National*, [1998] 4 C.F. 439. Dans cette affaire, Glaxo Wellcome PLC (la « compagnie ») avait deux brevets visant un certain produit chimique. Elle avait appris, par l'intermédiaire de rapports de Statistiques Canada, que d'importantes quantités du produit en question étaient importées au Canada par des compagnies qui n'avaient pas son autorisation. Ces rapports n'indiquaient toutefois pas le nom des importateurs. La compagnie a d'abord fait une demande en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information* qui lui a été refusée. Puis, elle a fait une demande au ministère du Revenu sous l'article 108(1) de la *Loi sur les douanes* pour obtenir le nom des importateurs, laquelle demande lui a aussi été refusée au motif que l'information était confidentielle. La compagnie a porté cette décision du ministre en révision judiciaire à la Cour fédérale et présenté une demande d'ordonnance lui permettant d'obtenir l'identité des importateurs. La Cour fédérale a rejeté ces demandes. Toutefois, la Cour d'appel fédérale a accueilli les demandes, jugeant qu'elle avait le pouvoir d'émettre de telles ordonnances.

certain questionnement à ce sujet dans la doctrine et la jurisprudence, la Cour d'Appel et la Cour supérieure ont récemment établi de façon claire qu'elles avaient compétence pour accorder une ordonnance *Norwich*, comme nous le verrons dans les sections suivantes.

A) La nature de l'ordonnance *Norwich*, son objectif et ses conditions d'ouverture à la lumière de la jurisprudence récente

Dans des décisions récentes¹²³, la Cour d'appel et la Cour supérieure ont confirmé la nature de l'ordonnance *Norwich* ainsi que ses conditions d'ouverture en droit civil québécois. La Cour supérieure a aussi énoncé spécifiquement l'utilité d'une telle ordonnance dans un contexte de fraude¹²⁴.

Ainsi, en 2011, dans la décision *Corbeil c. Caisse Desjardins de Lorimier*¹²⁵, la Cour supérieure confirme sa compétence pour rendre une ordonnance *Norwich* en vertu de ses pouvoirs généraux découlant des articles 20 et 46 C.p.c.¹²⁶. Dans cette affaire, le demandeur souhaitait obtenir une ordonnance *Norwich* afin de forcer la défenderesse, une institution financière, à lui communiquer les renseignements qu'elle détenait sur les placements et les comptes de son défunt père. Le demandeur souhaitait que ces renseignements lui soient communiqués pour la période au cours de laquelle sa sœur avait agi pour leur père en vertu d'une procuration générale et d'un mandat en cas d'incapacité. Le demandeur souhaitait faire la lumière sur l'état réel de la succession de son père et sur la qualité de la gestion que sa sœur avait assurée, afin d'évaluer l'opportunité d'intenter une

123. *GE Canada Equipment Financing G.P. c. TD Canada Trust*, préc., note 118; *Corbeil c. Caisse Desjardins de Lorimier*, préc., note 118; *Gestion d'hôtel Sherbrooke Ltée (Proposition de)*, préc., note 118; *Fers et métaux américains, s.e.c. c. Picard*, préc., note 120.

124. *Gestion d'hôtel Sherbrooke Ltée (Proposition de)*, préc., note 118.

125. *Corbeil c. Caisse Desjardins de Lorimier*, préc., note 118 (ci-après la « décision Corbeil »).

126. *Id.*, par. 34.

action en reddition de compte contre cette dernière. Il prétendait que ses parents lui avaient fait certaines confidences sur l'état de leurs avoirs et que la valeur de la succession de son père était plus élevée que la valeur déclarée par sa sœur.

Dans son analyse, la Cour supérieure confirme que les conditions d'ouverture établies par la *common law* pour obtenir une ordonnance *Norwich* sont toujours d'actualité. Référant à l'arrêt *BMG Canada Inc. c. John Doe*¹²⁷, la Cour résume ainsi ces conditions¹²⁸ :

- i) le demandeur doit démontrer qu'il existe à première vue quelque chose à reprocher à l'auteur inconnu du préjudice;
- ii) la personne devant faire l'objet d'un interrogatoire préalable doit avoir quelque chose à voir avec la question en litige, elle ne peut être un simple spectateur;
- iii) la personne devant faire l'objet de l'interrogatoire préalable doit être la seule source pratique de renseignements dont disposent les demandeurs;
- iv) la personne devant faire l'objet de l'interrogatoire préalable doit recevoir une compensation raisonnable pour les débours occasionnés par son respect de l'ordonnance portant interrogatoire préalable, en sus de ses frais de justice;
- v) l'intérêt public à la divulgation doit l'emporter sur l'attente légitime de respect de la vie privée.

Concernant la deuxième condition, la Cour juge qu'il n'est pas nécessaire que l'institution financière ait participé activement ou par omission à la commission du geste fautif ou illégal reproché. Elle est d'avis que le seul fait que l'institution financière en cause détienne les informations recherchées de première main suffit pour les fins de ce critère¹²⁹. Ainsi, dans le contexte d'une ordonnance *Norwich*, le tiers, bien qu'il possède une information pertinente au litige du demandeur, n'est pas partie à ce litige et devient donc impliqué involontairement dans l'affaire en cause. En l'espèce, la

127. *BMG Canada Inc. c. John Doe*, 2005 CAF 193, par. 15.

128. *Corbeil c. Caisse Desjardins de Lorimier*, préc., note 118, par. 23.

129. *Id.*, par. 26.

Cour conclut que les conditions requises pour l'obtention de l'ordonnance *Norwich* sont remplies et accueille donc la requête du demandeur.

Plus récemment, dans l'arrêt *Fers et métaux américains, s.e.c. c. Picard*¹³⁰, la Cour d'appel, sans changer l'état du droit tel qu'énoncé dans la décision *Corbeil*¹³¹, confirme elle aussi que les conditions d'ouverture établies par la *common law* pour obtenir une ordonnance *Norwich* sont toujours d'actualité¹³². Elle rappelle de plus, avec justesse, qu'il existe diverses circonstances dans lesquelles une ordonnance *Norwich* peut être consentie, comme reconnu par la jurisprudence des provinces de *common law*.

Ainsi, accueillant l'appel d'une décision de la Cour supérieure qui avait refusé d'émettre une ordonnance *Norwich*, la Cour d'appel retient l'argument des appelants à l'effet que le juge de première instance a commis une erreur de droit en interprétant de façon trop restrictive les circonstances où ce type d'ordonnance peut être prononcé. Se référant aux propos de la Cour d'appel d'Ontario dans *GEA Group AG v. Flex-N-Gate Corporation*, 2009 ONCA 619, la Cour rappelle les circonstances où ce type d'ordonnance peut être prononcé :

- (i) where the information sought is necessary to identify wrongdoers;
- (ii) to find and preserve evidence that may substantiate or support an action against either known or unknown wrongdoers, or even determine whether an action exists; and
- (iii) to trace and preserve assets.

Après avoir rappelé que la juge en première instance n'avait pas devant elle toute la documentation nécessaire afin d'être en

130. *Fers et métaux américains, s.e.c. c. Picard*, préc., note 120.

131. *Corbeil c. Caisse Desjardins de Lorimier*, préc., note 118.

132. *Fers et métaux américains, s.e.c. c. Picard*, préc., note 120, par.6.

mesure de saisir l'ampleur de la fraude qu'avaient subie les parties appelantes, la Cour d'appel, sur la base des conditions établies par la *common law* et forte des principes énoncés ci-haut, infirme le jugement de première instance. Ce faisant, elle accueille la requête pour l'émission d'une ordonnance de type *Norwich* et ordonne aux institutions financières mises en cause de communiquer aux appelantes les informations demandées relativement aux parties intimées.

i. Application dans un contexte de fraude commerciale

Dans une autre décision récente, soit l'affaire *Gestion d'hôtel Sherbrooke Ltée*¹³³, la Cour supérieure confirme aussi sa compétence pour rendre une ordonnance *Norwich* en vertu de ses pouvoirs généraux découlant des articles 20 et 46 C.p.c.¹³⁴. Elle analyse ensuite l'application de cette ordonnance dans le contexte particulier d'une fraude perpétrée dans les comptes bancaires d'une entreprise.

Dans cette affaire, un syndic de faillite (le « Syndic ») cherchait à obtenir une ordonnance *Norwich* pour obliger la banque Toronto-Dominion à lui fournir toute information ou tout document nécessaire afin de lui permettre de déterminer les circonstances entourant la fraude dont la débitrice avait été victime. La Cour supérieure souligne d'abord que le Syndic, en l'espèce, a démontré que le transfert de sommes d'argent en cause n'avait pas été autorisé par la débitrice ni par ses directeurs. Vu l'absence de justification apparente, il était probable qu'il y ait eu fraude. La Cour supérieure souligne alors l'utilité d'une ordonnance *Norwich* dans ce contexte :

133. *Gestion d'hôtel Sherbrooke Ltée (Proposition de)*, préc., note 118.

134. Voir au même effet : *GE Canada Equipment Financing G.P. c. TD Canada Trust*, préc., note 118, dans laquelle la Cour supérieure émet une ordonnance *Norwich* sur la base des articles 2, 20 et 46 C.p.c.

As such, for the moment, without the order sought, the Trustee does not and cannot know who perpetrated the alleged fraud and for whose likely benefit, nor where the amounts involved can be ultimately traced.¹³⁵

Concernant les conditions d'ouverture pour obtenir une ordonnance *Norwich*, la Cour supérieure confirme que les conditions établies par la *common law* sont toujours d'actualité et les applique à un contexte de fraude :

- a) the Trustee likely has a valid, bona fide and reasonable claim;
- b) there is apparently some involvement, albeit most probably purely innocent or indirect by the Trustee's own acknowledgement, of the Respondent in the transfers at stake;
- c) the Respondent is, in all probability, the only practical source of information to assist in the understanding of the fraud likely perpetrated;
- d) it is in the interest of justice and of the creditors of the Debtor that the Trustee be able to trace the whereabouts of the potentially illegal transfers at issue;
- e) the Trustee offers to reimburse the Respondent for any costs to be incurred with regard to the order sought.

Jugeant que les conditions sont remplies, la Cour accueille donc la requête en ordonnance *Norwich*.

Finalement, il est intéressant de noter qu'il est possible de demander, lors d'une requête pour ordonnance *Norwich*, que le défendeur faisant l'objet de l'ordonnance ne divulgue à personne l'existence de cette ordonnance ou le fait qu'il a transmis les documents demandés¹³⁶. Cette requête peut aussi être accompagnée d'une demande afin que les procédures et les pièces au dossier soient mises sous scellés pour éviter que le public n'y ait

135. *Gestion d'hôtel Sherbrooke Ltée (Proposition de)*, préc., note 118, par. 9.

136. *GE Canada Equipment Financing G.P. c. TD Canada Trust*, préc., note 118, par. 9.

accès¹³⁷. À notre avis, de telles demandes peuvent être utiles dans un contexte de fraude, afin de ne pas éveiller la méfiance des défendeurs dont on cherche à découvrir l'identité ou la méfiance de complices de ces mêmes personnes.

D'ailleurs, dans la décision très récente *Nagravision SA c. Iweb Technologies Inc.*¹³⁸, dans laquelle la Cour supérieure a accueilli une demande d'ordonnance *Norwich*, la Cour a ordonné une mise sous scellés du dossier pour un délai de trente jours, en plus d'ordonner à la défenderesse, une compagnie fournissant les services internet, de ne pas divulguer l'existence de l'ordonnance *Norwich* émise. Dans cette affaire, le demandeur cherchait à obtenir l'identité d'utilisateurs se cachant derrière diverses adresses IP dans un contexte de fraude et de piratage de signaux satellite.

Ces demandes de confidentialité sont d'autant plus nécessaires qu'il est possible que, dans certains cas, le défendeur visé par l'ordonnance *Norwich* soit lui-même obligé, en vertu de ses obligations contractuelles envers son client dont on cherche à obtenir l'identité, de révéler à ce dernier l'ordonnance émise et qui affecte les droits de son client. Conséquemment, obtenir une ordonnance de non-divulgaration et la mise sous scellés du dossier devient d'une importance capitale pour l'efficacité du recours ou des recours subséquents contre les fraudeurs dûment identifiés à la suite de l'exécution de l'ordonnance *Norwich*.

B) L'ordonnance *Norwich* et le principe de proportionnalité en droit civil québécois

À une époque où l'ordonnance *Norwich* était moins connue au Québec, les auteurs avançaient déjà l'idée que ce type d'ordonnance avait sa place dans la procédure civile québécoise¹³⁹. Notamment, à la lumière de l'article 4.2 C.p.c., les auteurs considéraient que l'ordonnance *Norwich* reflétait exactement les

137. *Id.*, par. 11.

138. *Nagravision SA c. Iweb Technologies Inc.*, préc., note 119.

139. D. FERRON, M. PICHÉ-MESSIER et L. POITRAS, préc., note 1, p. 268 et ss.

préoccupations du législateur en matière d'économie du droit¹⁴⁰. Il est utile de rappeler la teneur de cet article :

4.2. Dans toute instance, les parties doivent s'assurer que les actes de procédure choisis sont, eu égard aux coûts et au temps exigés, proportionnés à la nature et à la finalité de la demande et à la complexité du litige; le juge doit faire de même à l'égard des actes de procédure qu'il autorise ou ordonne.

Or, dans la récente décision *Corbeil*¹⁴¹, la Cour supérieure se prononce sur la pertinence de l'ordonnance *Norwich* au regard du principe de proportionnalité en droit québécois. Accueillant la requête en ordonnance *Norwich*, la Cour conclut avec justesse que ce type d'ordonnance est non seulement applicable en droit civil québécois, mais peut même faciliter le respect du principe de la proportionnalité :

En terminant, le Tribunal souligne qu'aucune disposition du C.p.c. ne permet de procéder à un tel interrogatoire ou de forcer une telle communication, à l'extérieur du cadre procédural d'une action en justice. Or, le fait de forcer une telle communication, lorsque les conditions pour l'émission d'une ordonnance de type *Norwich* sont respectées, n'est pas incompatible avec les règles prévues au C.p.c. Le Tribunal estime même que dans certains cas, comme dans le cas présent, l'émission d'une telle ordonnance peut faciliter le respect du principe de la proportionnalité, prévu à l'article 4.2 C.p.c. En effet, une telle ordonnance peut parfois, comme ici, permettre une exploration préliminaire simple et peu coûteuse pour tous. Cette exploration pourrait éviter l'institution de procédures plus lourdes, coûteuses et potentiellement inutiles. Dans les circonstances, le Tribunal est d'avis que les articles 20 et 46 C.p.c. l'autorisent à rendre l'ordonnance recherchée, de type *Norwich*.¹⁴²

140. *Id.*, p. 268.

141. *Corbeil c. Caisse Desjardins de Lorimier*, préc., note 118.

142. *Id.*, par. 34.

Cette décision, tout comme celle de la Cour d'appel dans l'affaire *Fers et métaux américains, s.e.c. c. Picard*¹⁴³ d'ailleurs, démontre sans aucun doute que les tribunaux québécois constatent la légalité, l'utilité et l'efficacité de cette ordonnance dans le système judiciaire québécois. Il est toutefois à prévoir qu'au fil du temps l'émission de ce type d'ordonnance soulèvera certainement des objections en matière de confidentialité et de renseignements personnels. Une fois de plus, les juges seront alors amenés à utiliser leur discrétion judiciaire en corrélation avec les critères jurisprudentiels établis pour délimiter, en cas d'abus, la portée de cette ordonnance en droit québécois. Bien que la jurisprudence n'en fasse pas état, nous considérons, tout comme pour l'ordonnance *Mareva*¹⁴⁴, qu'en plus des cinq critères précités, les critères habituels de l'injonction interlocutoire et provisoire, à savoir l'apparence de droit, le préjudice sérieux ou irréparable, la balance des inconvénients et l'urgence devraient aussi s'appliquer en matière d'ordonnance *Norwich*. De plus, à ces conditions devraient aussi s'ajouter l'obligation de divulgation franche et complète du demandeur en matière *ex parte*, comme pour l'ordonnance *Mareva*¹⁴⁵ et l'ordonnance *Anton Piller*.

CONCLUSION

À la lumière de la jurisprudence récente, nous sommes d'avis que les tribunaux québécois reconnaissent maintenant l'efficacité des recours que sont les ordonnances *Anton Piller*, *Mareva* et *Norwich* pour protéger les droits de victimes de fraude. Les tribunaux émettent ce type d'ordonnances dans diverses situations de fraude, allant même parfois jusqu'à faciliter la demande de la victime en présumant de l'intention malhonnête du fraudeur en certaines circonstances.

Par ailleurs, des interrogations se soulèvent encore sur la portée et l'étendue en droit civil québécois de ces ordonnances

¹⁴³. *Fers et métaux américains, s.e.c. c. Picard*, préc., note 120, par. 6.

¹⁴⁴. *Fer et métaux américains, s.e.c. c. Picard*, préc., note 14, par. 57.

¹⁴⁵. *Droit de la famille-132485*, préc., note 12, par. 30. La Cour supérieure se réfère à l'arrêt de la Cour d'appel *Marciano (séquestre de)*, préc., note 48.

originaires de la *common law*. D'autres interrogations se soulèvent aussi au niveau de la proportionnalité des ressources nécessaires pour effectuer ce type de recours. Comme nous l'avons vu, c'est en appliquant des principes tels que la présomption de bonne foi, la protection contre les abus, la protection à la vie privée ou le droit d'être entendu que les tribunaux québécois continuent de développer des critères assurant le respect des droits fondamentaux des parties impliquées. Par exemple, il arrivera ainsi que le critère de la proportionnalité joue en faveur de la victime de la fraude, comme ce fut le cas dans l'affaire *Corbeil*¹⁴⁶. Parfois, au contraire, le critère de la proportionnalité jouera à l'encontre de la demande faite par une victime de fraude, comme nous l'a démontré l'arrêt *IMS Health Canada inc.*¹⁴⁷. Dans tous les cas, le juge est amené à user de sa discrétion afin de mettre en balance les droits et intérêts des parties respectives. Il sera intéressant de suivre l'évolution de ces recours au Québec dans les prochaines années, alors que le nouveau *Code de procédure civile* entrera en vigueur¹⁴⁸ et consacrera l'importance du principe de proportionnalité dans notre droit. En matière de fraude, un recours tel que l'ordonnance *Norwich* connaîtra-t-il un développement important? Sans aucun doute, les juges seront encore amenés, dans le futur, à définir la portée et l'étendue des ordonnances d'injonction *Anton Piller*, *Mareva* et *Norwich* dans notre droit civil.

¹⁴⁶. *Corbeil c. Caisse Desjardins de Lorimier*, préc., note 118.

¹⁴⁷. *IMS Health Canada inc. c. Th!nk Business Insights ltd.*, préc., note 14, par. 47.

¹⁴⁸. Depuis le 20 février 2014, le projet de loi n° 28 ou « Loi instituant le nouveau Code de procédure civile » a été adopté à l'Assemblée nationale. Son entrée en vigueur est prévue pour l'automne 2015.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

- Titre :** LES CONTOURS CIVILISTES DE LA FRAUDE CRIMINELLE : POUR UNE APPROCHE TRANSVERSALE, PARTIE 1 : ASPECTS ÉPISTÉMOLOGIQUES
- Auteur(s) :** Mario NACCARATO
- Revue :** RDUS, 2014, volume 44, numéro 1
- Pages :** 173-199
- ISSN :** 0317-9656
- Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.
- URI :** <http://hdl.handle.net/11143/9933>
- DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/9933>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

LES CONTOURS CIVILISTES DE LA FRAUDE CRIMINELLE : POUR UNE APPROCHE TRANSVERSALE, PARTIE 1 : ASPECTS ÉPISTÉMOLOGIQUES

par Mario NACCARATO*

L'infraction de fraude à l'article 380 C.cr. est rédigée de manière ouverte. Le défi dans l'application de cette disposition est de couvrir les nombreuses possibilités sans ratisser trop large au point de violer les principes de la légalité et de clarté au niveau des droits fondamentaux. Le présent article propose une approche qui vise à circonscrire l'infraction de fraude à l'aide de normes civiles afin de régir cette tension, au point de couvrir le plus grand éventail de possibilités tout en respectant les principes de la légalité et de clarté.

The crime of fraud, as provided for at section 380 of the Canadian Criminal Code, is drafted in an open-ended manner. The challenge inherent in the application of this provision relates to covering various situations without casting too wide a net which could potentially violate the principles of legality and clarity inherent in the respect of fundamental rights. This article proposes an approach aimed at delimiting the crime of fraud by referring to civil norms in order to set out the greatest range of possible applications while remaining within the parameters of Charter principles.

*. Avocat, docteur en droit et professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval. L'auteur aimerait remercier la Fondation pour la recherche juridique pour la subvention ayant aidé à financer les recherches relatives au présent article. Cet article rend hommage à Michel Proulx, le juriste et la personne. L'auteur remercie son assistant Simon-Pierre Bernard Arevalo pour sa collaboration.

SOMMAIRE

Introduction	175
1. Objectifs du droit criminel et du droit civil	176
2. Postulats au soutien du principe d'hétéronomie.....	180
2.1 Postulat d'auxiliarité	181
2.2 Postulat de gravité	182
2.3 Postulat de l'unité	185
3. La malhonnêteté	186
3.1 La malhonnêteté : à la recherche d'une définition	187
3.2 Comment déterminer la malhonnêteté et à qui revient-il de le faire?.....	189
3.3 La malhonnêteté : question de fait ou question de droit?.....	190
4. Incidence du droit privé sur le principe de la légalité	192
4.1 La malhonnêteté sur le plan moral n'est sanctionnée ni sur le plan civil et a fortiori ni en droit criminel	193
4.2 L'acte licite au plan du droit civil n'est pas sanctionné pénalement	194
4.3 L'illicéité sur le plan civil ne constitue pas nécessairement une infraction criminelle à défaut de gravité	196
4.4 L'illicéité sur le plan civil combinée à une gravité avérée constituera une fraude criminelle	196
Conclusion	198

Introduction

It seems to me that there is no reason to complicate the law of theft by introducing such things into it as (...) the civil aspect of when property passes¹.

La fraude et l'infraction correspondante échappent à une définition circonscrite. Comme la fraude relève de l'imagination, une définition fermée risque de mieux permettre aux délinquants de la contourner.

En droit criminel canadien, l'article 380 du *Code criminel* prévoit trois modalités de fraude, soit le mensonge, la supercherie ou tout autre moyen dolosif. La jurisprudence a établi que chaque modalité comporte un élément dit de malhonnêteté. Or, la malhonnêteté est comprise dans le mensonge et la supercherie tandis que l'*autre moyen dolosif* est apparenté à la malhonnêteté.

La question à laquelle nous nous employons de répondre est de savoir qu'est-ce que la malhonnêteté susceptible de sanction criminelle?

Nous proposons une étude linéaire fonction d'une grille d'analyse civiliste de droit privé fondée sur le postulat d'auxiliarité du droit criminel par rapport au droit privé et du postulat de gravité voulant qu'un acte ne soit qualifié de criminel que s'il comporte un degré de gravité avéré.

Cette approche nous permettra de conclure en quelques points :

- 1) que la malhonnêteté sur le plan moral n'est sanctionnée ni sur le plan civil et *a fortiori* ni en droit criminel;
- 2) l'acte licite au plan du droit civil n'est pas sanctionné pénalement;

1. R. c. *Pratt*, (1983) 26 Sask. R. 268 (B.R.), 271, par. 11 (J. McIntyre).

3) l'illicéité sur le plan civil ne constitue pas nécessairement une infraction criminelle à défaut de gravité;

4) l'illicéité sur le plan civil combinée à une gravité avérée constituera une fraude criminelle.

Cette nouvelle approche nous permettra : 1) de construire un droit de la fraude criminelle prévisible pour le justiciable; 2) de construire une norme criminelle respectueuse du principe *nulla poena sine lege*; et 3) de respecter les normes de clarté au plan des droits fondamentaux.

Enfin, cette approche incorporant la norme civiliste nous permettra de faire de la *malhonnêteté* une question de droit uniforme quelle que soit l'infraction reprochée.

1. Objectifs du droit criminel et du droit civil

La fraude criminelle étant sanctionnée par une disposition législative ouverte, nos propos visent à examiner les contours civilistes s'il en est, de l'infraction de fraude criminelle.

Hormis une brève étude faite par le regretté Michel Proulx, anciennement juge de la Cour d'appel du Québec², cette question n'a pas fait l'objet d'une recherche universitaire approfondie en vue d'élaborer une théorie de la fraude criminelle en droit canadien. Au contraire, une étude de la professeure Anne-Marie Boisvert s'est employée à vertement critiquer le traitement fait par la Cour suprême du Canada de l'article 380 du *Code criminel canadien*³. Bref, les présents travaux (en deux phases) visent à combler en partie ce vide juridique en droit criminel canadien⁴.

2. Michel PROULX, « Le concept de la malhonnêteté de la fraude pénale », dans S.F.P.B.Q., *Droit pénal – Orientations nouvelles*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1987, p. 209 et ss.

3. Anne-Marie BOISVERT, « La fraude criminelle : sommes-nous allés trop loin? », (1995) 40 *R.D. McGill* 415.

4. Cette étude constitue une hypothèse de travail qui jettera les bases pour une étude de validation. Cf. Mario Naccarato, « Les contours civilistes de

Hormis les deux ou trois ouvrages en la matière, le traitement de la malhonnêteté est négligé. En revanche, la criminalité économique fait rage et les procès à caractère économique de longue durée se multiplient. Il suffit de citer l'affaire *Norbourg* au Québec qui a donné lieu à de longs procès complexes et à l'acquittement de certains des principaux accusés. Nous pouvons la comparer aussi à l'affaire *Skilling* en droit américain où, face à une infraction de fraude large et semblable à celle de l'article 380 C.cr., la Cour suprême des États-Unis a qualifié d'inconstitutionnelle pareille disposition, faute de clarté⁵.

Le défi auquel fait face le droit criminel canadien est d'établir si un acte frauduleux reproché constitue une question de fait ou de droit. S'il s'agit d'une question de fait, le jury est laissé à lui seul pour déterminer le caractère « malhonnête » du geste et partant, son illégalité alors que s'il s'agissait d'une question de droit, un tribunal, le moins spécialisé pourrait donner au jury des directives claires. Cette épineuse question n'est pas tranchée en droit criminel canadien. C'est ainsi que nous proposons une nouvelle approche en fonction des objectifs du droit criminel économique et du droit civil et de leur internormativité.

Le droit civil est un droit réparateur et gouverne les rapports entre particuliers agissant dans leurs intérêts personnels⁶. En revanche le droit criminel économique est un droit d'intérêt public ayant pour but de faire régner l'honnêteté dans les rapports patrimoniaux et de protéger la société contre toute atteinte à nos valeurs sociales fondamentales dont l'honnêteté dans les rapports patrimoniaux et contractuels⁷.

la fraude criminelle : pour une approche transversale, partie 2 : aspects pratiques » (en cours de réalisation).

5. *Skilling v. United States*, 561 US (2010).

6. Jean HÉMARD, *Les sanctions pénales en droit privé*, Lille, Bibliothèque universitaire, 1946, p. 23.

7. Voir J. HÉMARD, *id.* Jacques GAGNÉ et Pierre RAINVILLE, *Les infractions contre la propriété : le vol, la fraude et certains crimes connexes*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 223 et 397; COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Le vol et la fraude*, Document de travail 19,

L'internormativité civile et pénale que nous proposons n'est pas procédurale car il est bien acquis que le droit pénal n'a pas pour fonction de faciliter l'exécution des obligations civiles⁸.

L'internormativité civile et pénale que nous proposons est proprement normative c'est-à-dire :

[l]orsqu'une situation de fait est assujettie à l'application des deux branches de droit que sont le droit civil et le droit pénal, que l'application des deux branches soit simultanée, parallèle (et complémentaire) successive (ou préalable) ou convergente, l'application de la sanction pénale tiendra compte du sens de la norme civile, soit de façon déductive lorsque le sens est clair, ou par interprétation conséquentialiste (pragmatique, juste et acceptable) lorsque l'interaction des normes est vague, ambiguë et sujette à interprétation contradictoire, ou encore lorsqu'il y a absence formelle de normes applicables⁹.

L'application de pareille internormativité suppose que le droit criminel économique soit auxiliaire au droit civil et ne s'appliquera qu'en dernier ressort. Voilà le postulat d'auxiliarité fondé sur le principe de l'*ultima ratio* selon lequel l'illicéité civile ne sera sanctionnée en droit pénal que si elle comporte le degré de gravité nécessaire.

Les exemples d'internormativité ne se limitent pas au droit criminel économique. Il suffit de penser à l'infraction d'adultère jadis réprimée par le droit criminel canadien où, les tribunaux faisaient appel à un témoin expert pour établir la validité du

Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1977, p. 1.

8. J. GAGNÉ et P. RAINVILLE, préc., note 7, p. 178; *R. c. MacCallum*, [1995] A.N.B. 479 (N.B.P.C.).
9. Mario NACCARATO, *De l'incidence normative du droit privé au regard du droit criminel économique : perspectives de droit transsystémique (Canada, Angleterre, Suisse et France)*, Coll. « Minerve », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 10.

mariage au plan civil¹⁰. Aussi, l'inculpation pour bigamie¹¹ sanctionnée par l'article 290 du *Code criminel canadien* nécessite que l'on fasse la preuve de la validité du mariage préalable de l'inculpé(e). Troisièmement, l'infraction d'enlèvement en contravention avec une ordonnance de garde nécessite en droit criminel canadien l'interprétation de la nature, de la validité et de l'étendue de l'ordonnance émise par le tribunal civil (article 282 C.cr.)¹². Quatrième cas de figure, le défaut d'exécution d'une obligation d'entretien alimentaire, bien que peu appliquée en droit criminel canadien, donne lieu à de très nombreux litiges en droit européen quant à la validité du jugement ordonnant l'obligation d'entretien¹³. Un autre exemple percutant est celui du célèbre arrêt *Cuerrier*. La Cour suprême du Canada s'inspire de la théorie de la fraude criminelle qui sanctionne le défaut de divulgation en droit commercial de common law dans le cadre d'une accusation d'obtention de faveurs sexuelles alors l'inculpé taisait son état de séropositivité¹⁴.

10. *R. c. Foster*, (1934) 62 C.C.C. 263 (C.A. N.B.).

11. *R. c. Simard*, (1931) 56 C.C.C. 269 (C.S.P.).

12. *R. c. Ilcyszyn*, (1988) 45 C.C.C. (3d) 91 (C.A. Ont.); *R. c. Petropoulos*, (1990) 59 C.C.C. (3d) 393 (C.A. B.C.); *R. c. Chartrand*, (1994) 91 C.C.C. (3d) 1996. En droit suisse, voir ATF 91 IV 136/JdT 1965 IV 143; ATF 91 IV 228/JdT 1966 IV 36; ATF 98 IV 35; ATF 118 IV 61/JdT 1994 IV 86.

13. En droit suisse voir ATF 86 IV 180/JdT 1960 IV 156; ATF 87 IV 85/JdT 1961 IV 144; ATF 91 IV 225/JdT 1966 IV 81; ATF 93 IV 1/JdT 1967 IV 41. En droit français voir Ch. crim. 4 septembre 1996, Bull. crim. 1996, n° 312, p. 942; Ch. crim. 9 octobre 1996, Bull. crim. 1996, n° 351, p. 1042; Ch. crim. 9 juin, Bull. crim. 1997, n° 206, p. 515; Ch. crim. 11 mars 1997, Bull. crim. 1997, n° 95, p. 315.

14. *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371. Il importe de préciser que l'obligation de divulgation varie selon les risques de transmission du VIH. « Lorsque la charge virale de la personne séropositive est faible en raison d'un traitement et qu'il y a utilisation du condom, la condition de la possibilité réaliste de transmission n'est pas remplie » et l'obligation de déclaration s'anéantit : *R. c. Mabior*, 2012 CSC 47, [2012] 2 R.C.S. 494, par. 4, 98. Favorable à une proposition qui fasse évoluer la common law en matière de fraude, la Cour conclut que « le risque important de lésions corporelles graves' exige une possibilité réaliste de transmission du VIH » (par. 88) (nos soulignements). Ainsi, en la matière, l'obligation de divulgation n'est plus cantonnée aux catégories préétablies par la common law traditionnelle. Cette obligation se crée en fonction de la nature des relations entre les personnes sur le point d'entretenir des relations

2. Postulats au soutien du principe d'hétéronomie

Hétéronomie signifie « Qui reçoit de l'extérieur les lois qui le gouvernent »¹⁵. En transposant ce sens philosophique où c'est le sujet de droit qui est soumis aux normes externes, nous pouvons l'adopter pour désigner l'assujettissement du droit pénal aux normes externes. Tel que désigné plus haut, le principe d'hétéronomie nécessite une interprétation préalable ou complémentaire du droit privé au sein de l'application du droit pénal. Quel est l'intérêt de faire intervenir l'application du principe d'hétéronomie en droit criminel économique? La réponse à cette question se conçoit aisément en matière de vol où, le droit privé intervient afin de déterminer la titularité ou la nature du bien faisant l'objet du vol. En revanche, l'infraction de fraude comporte une singularité définitionnelle et partant, normative. Il n'est pas facile de définir ce que l'on entend par le terme fraude. Par exemple si nous nous référons à la définition de la fraude telle qu'illustrée par le Petit Robert, celle-ci constitue « une action faite de mauvaise foi dans le but de tromper »¹⁶. Cette définition *a priori* large comporte des déficiences sur le plan juridique. Est-ce que cette définition comprend le fait de taire une information? Est-ce que la « mauvaise foi » exclurait le cas où l'individu se croit agir honnêtement? Est-ce que l'individu qui n'agit pas dans le but de tromper sa victime mais plutôt dans le but de s'avantager commet une fraude? Sur le plan législatif, le législateur s'abstient de définir les confins de la fraude. En droit français la fraude est qualifiée d'escroquerie et comprend l'usage de faux nom ou de fausse qualité ou encore l'emploi de « manœuvres frauduleuses »¹⁷. En droit suisse, le législateur emploie l'adverbe « astucieusement »¹⁸ alors que le législateur anglais emploie l'adverbe « dishonestly »¹⁹. Enfin, le législateur

sexuelles. Les affaires *Cuerrier* et *Mabior* ont été suivies récemment dans *R. c. Hutchinson*, 2014 SCC 19.

15. Paul ROBERT, *Le Nouveau Petit Robert*, Paris, Dictionnaire Le Robert, 1993, p. 697.

16. *Id.*, p. 990.

17. C.pén. 1810, art. 405; C.pén. 1992, art. 313-1.

18. CPS, art. 146.

19. *Theft Act* 1968, art. 15 et 16; de même que les articles 2, 3, 4 et 11 de la *Fraud Act* 2006.

canadien prévoit l'infraction générale de fraude à l'article 380 C.cr. qui dispose que la fraude peut être commise par 1) la supercherie, 2) le mensonge ou 3) toute autre moyen dolosif.

Ainsi, il en va du principe de la légalité en droit pénal (*nulla poena sine lege*) garantissant la liberté individuelle dans une société libre et démocratique qu'un acte que l'on veuille reprocher sur le plan criminel soit au préalable puni par une disposition du *Code criminel*. Deuxièmement, il importe que ce texte punitif présente un caractère de certitude suffisante, de précision et de spécificité de sorte qu'un texte de loi qui manque de précision au point de ne pas être « un guide suffisant pour susciter un débat judiciaire » sera déclaré inconstitutionnel²⁰.

Le risque d'une déclaration d'inconstitutionnalité ou de ne pas constituer une infraction au sens de l'article 380 C.cr. est d'autant plus aigu en matière de droit criminel économique car les dispositions à cet égard comportent souvent des formulations qui débouchent implicitement ou expressément sur le droit extrapénal. Cela s'explique par la possibilité infinie de commettre des actes de fraude. Nous y reviendrons dans la section 3. Voyons d'abord les fondements du principe d'hétéronomie que sont le postulat d'auxiliarité, le postulat de gravité et le postulat de l'unité.

2.1. Postulat d'auxiliarité

Conséquent avec les objectifs visés par les deux branches de droit civil et criminel, le postulat de l'auxiliarité est intimement lié au principe de l'*ultima ratio* selon lequel le droit criminel économique constitue un outil de dernier recours applicable lorsque les autres moyens de droit (civil) sont épuisés ou insuffisants²¹. Ainsi, dans la qualification de l'acte frauduleux reproché, l'illicéité au plan du droit civil est avérée. Mais celle-ci ne constitue pas à

20. Gisele CÔTÉ-HARPER, Pierre RAINVILLE et Jean TURGEON, *Traité de droit pénal canadien*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 83.

21. H. DORION, « La protection de l'information », (1992) 23 *R.G.D.* 197, p. 227-230.

coup sûr une fraude au plan criminel si elle ne comporte pas le degré de gravité nécessaire.

2.2. Postulat de gravité

Si, au terme du postulat d'auxiliarité, le droit criminel est un outil de dernier recours, c'est qu'il « suppose la violation grave de valeurs importantes dans notre société »²². Ainsi, un acte peut comporter un degré de gravité qui soit dès le départ intégré dans la disposition criminelle incriminante. Encore, le degré de gravité peut devoir faire l'objet d'une évaluation par le tribunal. Ainsi, la fraude sanctionne tout acte qui est aussi nécessairement sanctionné civilement mais, ce ne sont pas tous les actes illicites au plan civil qui sont sanctionnables criminellement. C'est ainsi qu'intervient le postulat de gravité.

Or, nous savons que la simple lésion en droit civil québécois n'est pas sanctionnée civilement. *A fortiori*, celle-ci ne saurait faire l'objet d'une sanction criminelle²³. Il en est de même de la simple négligence²⁴ et de la simple faute²⁵. En matière de corruption, la Cour suprême a établi que pour qu'une « simple erreur » ou une « erreur de jugement » dépasse la ligne de démarcation pour devenir un acte criminel, il faut que la « conduite s'écarte substantiellement des normes reconnues » ou encore, à l'instar de la négligence, la conduite du fonctionnaire doit s'écarter de « façon « marquée » des normes auxquelles une personne placée dans un poste de confiance comme le sien doit se conformer »²⁶.

-
- 22. *Id.*, p. 227; au sujet du lien intime entre les postulats d'auxiliarité et de gravité voir : COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Le vol et la fraude*, Rapport n° 12, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1979, p. 5; M. NACCARATO, préc., note 9, p. 30-33; J. GAGNÉ et P. RAINVILLE, préc., note 7, p. 144.
 - 23. Pour un exemple issu du Manitoba, voir *R. c. Wendel and Vallan*, (1992) 78 C.C.C. (3d) 279 (C.A. Man.).
 - 24. *Re Leroux and The Queen*, (1978) 43 C.C.C. (2d) 398 (C.S.); *R. c. Negus*, (1982) 36 A.R. 37 (C.A. Alta).
 - 25. *R. c. Stewart*, (1981) 60 C.C.C. (2d) 407 (C.A. Ont).
 - 26. *R. c. Boulanger*, 2006 CSC 32 (CanLII), [2006] 2 R.C.S. 49, par. 70-72.

En effet, cette question en va de la constitutionnalité de l'infraction édictée au niveau du partage des compétences. Par exemple, la simple négligence relève de la responsabilité civile tandis que la conduite dangereuse dont la faute est beaucoup plus grave, relève de l'infraction criminelle. C'est ainsi que le critère de l'« écart marqué », souligne la gravité de l'infraction criminelle de conduite dangereuse²⁷.

Quant à l'inexécution contractuelle, celle-ci emporte nécessairement une sanction d'ordre civil. Or, l'inexécution ou l'illicéité au plan civil ne constitue pas *ipso facto* une infraction en droit criminel économique faute de gravité avérée.

Even though an interest is recognized at civil law, it does not follow that all breaches at civil law are deserving of criminalization: the civil remedies may be adequate. The courts must constantly concern themselves with the issue of whether the conduct in question has crossed the line and become a matter for criminal prosecution. In order to make that determination, a good knowledge of civil law and the remedies which it provides must always be borne in mind. The fear of catching conduct which does not warrant criminalization is constantly before the courts and influences the interpretation of amorphous terms such as “fraudulently” which may be pressed into service in order to identify the borderline between civil and criminal liability [...]²⁸.

Or pourquoi le droit criminel n'intervient-il pas pour réprimer les simples illégalités en droit civil? Parce qu'à la lumière du principe de l'*ultima ratio*, on sait que ce ne sont que les actes les plus répréhensibles et les plus graves qui sont sanctionnés par le droit criminel²⁹. Ainsi, nous pouvons conclure :

27. R. c. *Roy*, 2012 CSC 26, [2012] 2 R.C.S. 60, par. 31 et 32.

28. Winifred H. HOLLAND, *The Law of Theft and Related Offences*, Scarborough, Carswell, 1998, p. 46.

29. J. GAGNÉ et P. RAINVILLE, préc., note 7, p. 382-383; Commission de réforme du droit du Canada, *Le vol et la fraude*, Rapport n° 12, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1979, p. 5.

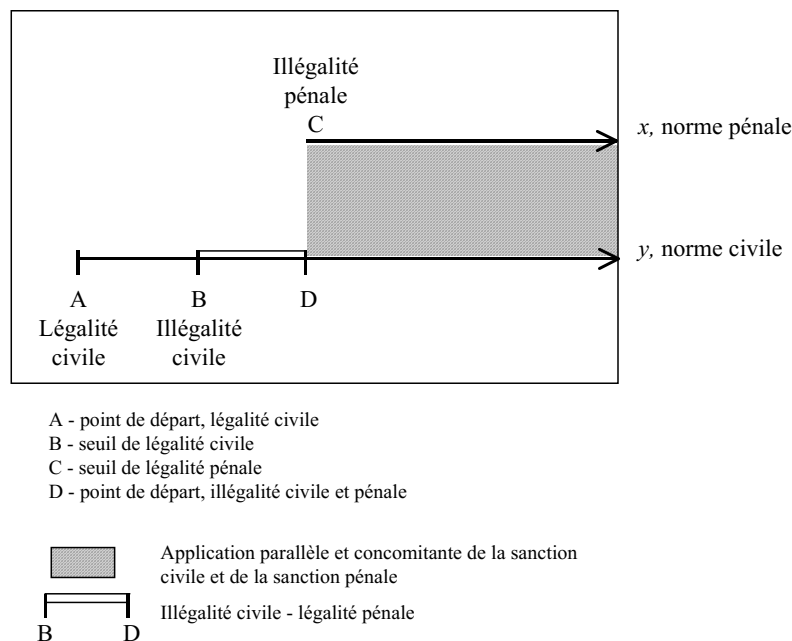
- 1) qu'un acte peut être immoral sans pour autant être illégal sur les plans civil et criminel; et
- 2) un acte illégal sur le plan civil n'est pas nécessairement illégal sur le plan criminel, mais il pourrait l'être.

Qu'en est-il de l'acte légal sur le plan civil? Sur le plan épistémologique, un acte civilement licite ne peut être à la fois criminellement illicite³⁰. Donc, en opposant les normes civiles et pénales, nous pouvons identifier trois types d'actes (voir tableau 1), soit premièrement, l'acte civilement licite exclu de toute répression pénale (à compter du point A). Deuxièmement, il y a l'acte civilement illicite, mais l'illicéité civile n'est pas en elle-même concluante car l'acte peut être civilement illicite mais criminellement licite (à compter du point B jusqu'à, mais excluant, le point D). Enfin, nous avons l'acte qui est à la fois civilement illicite et criminellement répréhensible (à compter du point D)³¹.

30. Voir *infra*, section 1.2.3, Postulat de l'unité. *Contra*: R. c. *Hinks*, [2000] H.L.J. 54. Dans cet arrêt, la Chambre des Lords confirme le caractère criminellement illicite selon le critère de la « dishonesty », d'une donation entre vifs licite en droit civil. Cependant, la Chambre des lords reconnaît le caractère exceptionnel de cet arrêt et semble en limiter la portée au seul cas des donations entre vifs.

31. M. NACCARATO, préc., note 9, p. 32.

Tableau 1³²



2.3. Postulat de l'unité

Le postulat de l'unité commande le principe d'hétéronomie du droit pénal. Ce postulat s'exprime par l'unité terminologique, l'unité normative, l'unité téléologique et l'unité axiologique. Ainsi, le postulat de l'unité exige, selon Ursula Cassani, que le droit :

[s]oit formulé de manière claire et univoque, qu'il ne referme pas en son sein des oppositions de normes et que les évaluations qu'il pose et les buts qu'il vise soient consistants³³.

32. M. NACCARATO, préc., note 9, p. 33.

33. Ursula CASSANI, *La protection pénale du patrimoine. Autonomie et détermination par le droit civil*, Coll. « Juridique romande », Lausanne, Éditions Payot, 1988, p. 23.

Ainsi, le droit peut être perçu comme système, dans lequel toutes ses branches de droit (sous-systèmes) opèrent en tandem et en harmonie les unes par rapport aux autres. Bref, il s'agit d'un système cohérent.

Ainsi, ce postulat, fondé sur des considérations d'ordre rationnel assure qu'aucune de ses branches n'auront entre elles d'effets antinomiques. Le droit ne peut pas par l'une de ses branches être à la fois permissif et par une autre branche répressif à l'endroit d'un même acte. C'est ainsi par exemple que le droit criminel ne sévira pas à l'endroit d'un geste civilement licite³⁴.

3. La malhonnêteté

Le principe d'hétéronomie fondé sur les postulats d'auxiliarité, de gravité et d'unité du droit, est à la base de notre approche transversale, civil-pénal, en vue de circonscrire la malhonnêteté en droit criminel canadien.

En droit criminel canadien, la fraude est réprimée par l'article 380 C.cr. Cette disposition prévoit que la fraude peut être commise par la supercherie, le mensonge ou « tout autre moyen dolosif ». Outre la victime et le lien de causalité, la jurisprudence élabore deux éléments essentiels de la fraude qui sont : la *privation* et la *malhonnêteté*³⁵. La *malhonnêteté* est comprise dans les trois modalités de la fraude³⁶. Dans la fraude par supercherie ou mensonge il n'est pas nécessaire d'entreprendre une analyse pour déterminer s'il y a malhonnêteté. Celle-ci étant incluse dans les deux modalités. Or, il suffit de déterminer si l'accusé a déclaré qu'une situation était d'une certaine nature alors qu'en réalité elle ne l'était pas³⁷. Il n'est point nécessaire de prouver la malhonnêteté en sus de la supercherie ou du mensonge³⁸.

34. Sur le postulat de l'unité, voir M. NACCARATO, préc., note 9, p. 33-46.

35. R. c. *Olan*, [1978] R.C.S. 1175, 1182.

36. R. c. *Gatley*, (1992) 74 C.C.C. (3d) 468 (C.A. B.C.).

37. R. c. *Théroux*, (1993) 2 R.C.S. 5, 7.

38. *Id.*, 10, 17.

C'est le troisième moyen qui nous intéresse davantage, soit la fraude par *tout autre moyen dolosif* qui, couvre les moyens qui ne sont ni des mensonges, ni des supercheries³⁹. Vu la formulation précise des deux premiers moyens, il est raisonnable de conclure que la conduite reprochée fait l'objet d'une question mixte, de fait et de droit⁴⁰. Or il s'agira d'évaluer le comportement de l'accusé eu égard à l'infraction spécifique soit, la supercherie ou le mensonge. Quant au troisième moyen, *tout autre moyen dolosif*, aussi qualifié de *malhonnêteté*, cette qualification, comme question de fait ou de droit est moins facile à trancher⁴¹. Mais avant de qualifier, faut-il encore définir la malhonnêteté.

3.1. La malhonnêteté : à la recherche d'une définition

La malhonnêteté est cet élément de l'article 380 C.cr. compris dans les deux premières modalités et intimement lié au troisième moyen, *tout autre moyen dolosif*. C'est ainsi qu'il faut faire la preuve expresse de la malhonnêteté. Mais qu'est-ce que la malhonnêteté? Le *Code criminel* est muet⁴². Jusqu'à tout récemment le sens de la malhonnêteté a incombé aux tribunaux. Ceux-ci se rabattaient sur l'indice émis par les propos circulaires de Lord Diplock. Dans l'affaire *Olan*, la Cour suprême énonce « [l]a malhonnêteté, quel qu'elle soit, suffit »⁴³. Vient ensuite l'arrêt *Doren* où le tribunal de première instance emprunte la définition jurisprudentielle anglaise dans l'arrêt *Feely* : « [d]iscreditable as being variance with straight-forward dealings »⁴⁴. Cette définition somme toute assez large est rejetée par la Cour d'appel de l'Ontario⁴⁵. Les tribunaux se rabattent sur des principes, comme celui émis dans l'affaire *Olan* : « [l]'utilisation des biens d'une compagnie à des fins personnelles plutôt qu'à l'avantage de celle-ci

39. *Id.*, 16, 17.

40. *R. c. Doren*, (1982) 66 C.C.C. (2d) 448, 456; *R. c. Thérioux*, préc., note 37, 10.

41. M. NACCARATO, préc., note 9, p. 61-62.

42. M. PROULX, préc., note 2, p. 209-222.

43. *R. c. Olan*, préc., note 35.

44. *R. c. Feely*, (1972) 57 Crim. App. R. 312 citée dans *R. c. Doren*, préc., note 40, 455.

45. *R. c. Doren*, préc., note 40, 453.

peut constituer un acte malhonnête [...] »⁴⁶. Autrement dit, les tribunaux s'emploient à déterminer ce que pourrait constituer objectivement, à la lumière d'une *personne raisonnable*, un acte malhonnête susceptible de sanction criminelle⁴⁷. C'est exactement ce que la Cour suprême fit dans l'affaire *Théroux* au terme de laquelle la Cour a recensé une série d'actes qualifiés de fraude par les tribunaux. Ainsi, tombent sous la catégorie de « l'autre moyen dolosif » :

1. l'utilisation des ressources financières d'une compagnie à des fins personnelles;
2. la dissimulation de faits importants;
3. l'exploitation de la faiblesse d'autrui;
4. le détournement non autorisé de fonds;
5. l'usurpation non autorisée de fonds ou de biens⁴⁸.

En revanche, ne tombent pas sous cette catégorie :

1. le comportement commercial imprudent;
2. le comportement qui est déloyal au sens de profiter d'une occasion d'affaires au détriment d'une personne moins astucieuse;
3. une déclaration inexacte faite par négligence;
4. la plaisanterie innocente; et
5. la déclaration faite au cours d'un débat, à laquelle on ne veut pas qu'il soit donné suite⁴⁹.

Avant le prononcé de l'arrêt *Théroux* qui constitue désormais la référence en la matière, la doctrine évoquait des inquiétudes eut égard à l'établissement de la malhonnêteté lequel comporterait deux inconvénients soit, celui pour le juge d'avoir à fixer lui-même les

46. *R. c. Olan*, préc., note 35, 1182.

47. La norme de la personne raisonnable a été qualifiée comme une conduite « which ordinary, decent people would feel was discreditable as being clearly at variance with straight-forward or honorable dealings »: John Douglas EWART, *Criminal Fraud*, Toronto, Carswell, 1986, p. 99, cité dans Rachelle GRONDIN, *Les infractions contre la personne et contre les biens*, 7e éd., « La Collection Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, p. 153.

48. *R. c. Théroux*, préc., note 37, 16.

49. *Id.*, 26 (j. McLachlin).

barèmes et ne pas clairement indiquer à l'accusé quelle est la norme de conduite⁵⁰. La question qui nous intéresse est de savoir comment pallier ces deux inconvénients afin d'établir des normes justes de sorte qu'aucun accusé ne soit condamné arbitrairement ou contrairement à la charte et que le principe de la légalité de l'article 9 C.cr. soit respecté?

3.2. Comment déterminer la malhonnêteté et à qui revient-il de le faire?

La détermination de la malhonnêteté s'avère une tâche d'autant plus délicate lorsque le procès se tient devant jury. À qui appartient-il alors du juge ou du jury de déterminer s'il y a malhonnêteté? Il a déjà été affirmé par la Cour suprême dans l'affaire *Olan* qu'il appartient au jury seul d'évaluer les comportements⁵¹. En revanche, le tribunal aurait même l'obligation de soumettre la question au jury⁵². Or, si cette question est laissée à l'appréciation du jury, quelle est l'étendue de sa discrétion? La solution varie d'après nous selon les trois hypothèses suivantes⁵³.

*Première hypothèse*⁵⁴ : le tribunal soumettra ainsi la question au jury : « I[f] it can be boiled down, it comes down to, was he deliberately dishonest? »⁵⁵. S'il s'en tient à cette seule directive, la définition de la malhonnêteté et l'évaluation du comportement de l'accusé relèvent de l'entière discrétion du jury, chacun des membres procédant en fonction de sa propre grille de valeur. Cette approche est cependant sanctionnée par la jurisprudence⁵⁶.

*Deuxième hypothèse*⁵⁷ : le tribunal donne au jury un standard de la malhonnêteté en fonction d'une personne

50. M. PROULX, préc., note 2, p. 226.
 51. R. c. *Olan*, préc., note 35, 1195 et 1196.
 52. *Id.*, 1196.
 53. Voir à ce sujet M. NACCARATO, préc., note 9, p. 63-64.
 54. *Id.*, p. 64.
 55. R. c. *Gatley*, préc., note 36.
 56. *Id.*, 476 et 477.
 57. M. NACCARATO, préc., note 9, p. 64.

raisonnable⁵⁸. L'approche circonscrit la nature de l'infraction. Il reste à déterminer cependant ce qu'est une personne raisonnable, son degré d'instruction, sa culture et ses connaissances des pratiques commerciales. À notre avis, le standard de la personne raisonnable à lui seul ne constitue qu'une forme d'autocensure imposée au jury. Le standard demeure toutefois flou.

*Troisième hypothèse*⁵⁹ : au fur et à mesure que la jurisprudence se développe, le tribunal a en possession des critères additionnels. Il peut fournir une définition du standard légal de la malhonnêteté et de la personne raisonnable. Il fait l'énoncé des principes jurisprudentiels à l'instar de l'arrêt *Théroux*. Le comportement réprimé est ainsi mieux confiné. L'entière discrétion jadis accordée au jury se trouve considérablement réduite dans cette hypothèse. Il ne reste que les cas difficiles qui n'ont pas au préalable fait l'objet d'une balise jurisprudentielle. À notre avis le tribunal peut, comme nous le verrons plus loin, s'inspirer du droit privé pour déterminer la légalité et la gravité de l'acte reproché et instruire le jury en conséquence.

Ainsi, est-ce que la malhonnêteté de la conduite reprochée fait l'objet d'une question de droit ou d'une question de fait?

3.3. La malhonnêteté : question de fait ou question de droit?

En droit criminel canadien, il y a consensus sur l'opportunité d'encadrer l'infraction de fraude, contrairement à la Grande-Bretagne qui fait de celle-ci une question de fait devant être soumise au jury⁶⁰.

58. R. c. *Gatley*, préc., note 36; R. c. *Théroux*, préc., note 37, 17.

59. M. NACCARATO, préc., note 9, p. 64.

60. J. GAGNÉ et P. RAINVILLE, préc., note 7, p. 70. En Grande-Bretagne, la jurisprudence fait désormais de la fraude (la malhonnêteté) une question de fait devant être soumise au jury : J.C. SMITH, *The Law of Theft*, 7^e éd., Londres, Butterworth, 1993, p. 63-64, par. 2-113-114; *Ghosh*, (1982) 2 All E.R. 689 (C.A.); voir cependant la virulente critique du professeur Griew qui, pour pallier cette qualification de fait suggère plutôt de définir la fraude pour mieux l'encadrer : E. GRIEW, *The Theft Act*, 7^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1995, p. 76-79. En effet, aucune infraction générale de

Ainsi, en droit canadien l'arrêt *Olan* énonce le concept général de la malhonnêteté et nous donne une interprétation libérale⁶¹ en plus d'établir qu'il appartient au jury d'évaluer le comportement⁶². En l'absence de barèmes et de principes pouvant guider le jury, il s'agira d'évaluer le comportement uniquement en fonction des gestes reprochés. La question en est une de fait uniquement (première hypothèse ci-dessus). L'arrêt *Gatley* tempère ce procédé en faisant de l'appréciation des faits par le jury une question fonction d'une personne raisonnable et non une question variable (deuxième hypothèse ci-dessus)⁶³. Ce procédé fait place toutefois à une large discrétion qui demeure entre les mains du jury et les instructions d'un juge à un autre peuvent varier en l'absence de définitions précises de la malhonnêteté. Cette appréciation demeure toutefois plus circonscrite que dans la première hypothèse.

Vient ensuite l'approche de l'arrêt *Théroux* qui réitère le principe de la personne raisonnable mais apporte toutefois une série d'éléments constitutifs de malhonnêteté. Le juge dispose désormais d'un barème ou d'un éventail de situations normatives qui pourront le guider dans son instruction au jury (troisième hypothèse ci-dessus). Le juge sera en mesure de soumettre au jury

fraude n'a existé en Grande-Bretagne si ce n'est que des infractions de supercherie notées dans la Theft Act 1978. La formulation des infractions n'était pas des plus heureuses et a donné lieu à un fouillis jurisprudentiel remarquable quant à l'interprétation de certains termes dont la « *dishonesty* ». Pour pallier ce fouillis jurisprudentiel, le législateur adopte en 2008 la Fraud Act 2006 et, à la grande déception de la doctrine, au lieu de combler le vide en adoptant une infraction générale de fraude, le législateur se limite à la légifération de trois modalités de la fraude, soit le mensonge (art. 2), la réticence (art. 3) et l'abus de confiance (art. 4). Il n'est pas dans nos propos de faire une étude du droit anglais mais il suffit de renvoyer le lecteur aux critiques faites par un célèbre ouvrage: David ORMEROD et David Huw WILLIAMS, *Smith's Law of Theft*, 9^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2007.

61. *R. c. Théroux*, préc., note 37, 15-16.

62. *R. c. Olan*, préc., note 35, 1196. La commission de réforme du droit du Canada a de son côté précisé que la malhonnêteté est une question normative alors que l'agissement proprement dit est une question de fait : COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, préc., note 7, p. 26.

63. *R. c. Gatley*, préc., note 36.

une norme et une série de faits afin que le jury se prononce strictement au regard du comportement, ce que la Commission de réforme du droit du Canada avait déjà souhaité. Alors, la *norme applicable* relèvera d'une question de droit. Voilà qui est conforme au souhait de la doctrine⁶⁴ :

[I]l est impensable par exemple de confier au jury la tâche de déterminer si l'omission du vendeur de révéler l'existence d'un *vice apparent* le rend coupable de fraude. Pareille réticence n'emporte aucune sanction en droit civil [...] La nécessité de ne pas sévir là où le droit civil ne trouve pas à redire démontre à nouveau le besoin de ne pas faire de la malhonnêteté une question de fait. (Nos italiques)

4. Incidence du droit privé sur le principe de la légalité

Nous avons vu qu'en l'absence d'un énoncé de principe régissant une infraction précise selon la méthode adoptée dans l'arrêt *Théroux*, le tribunal devra, selon nous, formuler un principe de droit et le soumettre au jury qui de son côté l'appliquera à la suite de la détermination des faits qui lui est propre. La formulation de l'énoncé de principe aura pour guide les postulats d'auxiliarité, et de gravité aux termes desquels une règle de droit privé devra nécessairement avoir été violée avec une gravité telle qu'elle justifie l'intervention du droit criminel. C'est ainsi que le comportement reproché devra comporter une illégalité au plan du droit civil car : « [L]e Code criminel ne doit pas sévir contre les silences [ou comportements] que le droit privé juge lui-même non répréhensibles »⁶⁵.

Cette approche jurisprudentielle consacrée par l'arrêt *Théroux* ne risque pas à notre avis d'emporter la création d'infractions en droit criminel canadien. Il suffit de penser à l'arrêt *Stewart*⁶⁶ où la Cour suprême du Canada décline, à toutes fins utiles, juridiction dans le cadre d'une accusation de vol

64. J. GAGNÉ et P. RAINVILLE, préc., note 7, p. 99.

65. J. GAGNÉ et P. RAINVILLE, préc., note 7, p. 170 (nos ajouts).

66. *R. c. Stewart*, [1988] 1 R.C.S. 1963.

d'information et de fraude jugeant que l'appropriation d'*information confidentielle* n'est pas couverte par le droit criminel. Plus précisément, l'information ne constitue ni un bien ni une chose protégée par l'article 322 du *Code criminel* ni une valeur patrimoniale protégée par l'art. 380 C.cr. Le plus haut tribunal renvoie l'obligation au législateur de préciser si l'information confidentielle est susceptible de vol. Or, il suffit de faire confiance aux tribunaux de première instance et ensuite aux tribunaux d'appel afin de contrôler la délimitation de la fraude en droit criminel. Comment?

Or, les principes normatifs suivants agiront à titre de garde-fou lorsque nos tribunaux devront juger du comportement reproché.

4.1. La malhonnêteté sur le plan moral n'est sanctionnée ni sur le plan civil et *a fortiori* ni en droit criminel

La norme criminelle et la règle morale s'opposent car la première fixe un seuil de comportement licite alors que la dernière s'intéresse davantage à la définition de la norme idéale⁶⁷. Ainsi, la norme criminelle comportera un sens ultimement uniforme tandis que la fixation du seuil entre le moral et l'immoral, elle, est variable selon le sujet, l'observateur et les faits de l'espèce. Or, la norme criminelle évacue toute morale hormis celle qui y est incorporée et présupposée positivement. En revanche il arrive que la norme criminelle soit susceptible d'interprétation comme c'est le cas en matière de fraude (tout moyen dolosif).

Il faut cependant se garder de sanctionner criminellement un acte jugé immoral mais non criminel. Voilà qu'il ne faut pas confondre le critère de l'illicéité criminelle en fonction de la personne raisonnable avec l'acte uniquement immoral :

[l]a définition de fraude est énoncée par le juge à deux reprises [...] À ces deux occasions, le juge de première instance réfère aux valeurs personnelles des membres du

67. J. GAGNÉ et P. RAINVILLE, préc., note 7, p. 183.

jury en les invitant à associer la fraude à la morale et cela, selon leur propre conception de ce qu'est la malhonnêteté [...] ⁶⁸.

C'est ainsi que le jugement de première instance est cassé car le premier juge a omis de référer le jury au critère objectif de la personne raisonnable.

4.2. L'acte licite au plan du droit civil n'est pas sanctionné pénalement

Le droit criminel économique étant un auxiliaire du droit civil, il intervient ultimement (*ultima ratio*) et à ce titre, il agit en harmonie avec le droit civil lorsque le comportement reproché est suffisamment grave (postulat de gravité).

A contrario, la légalité civile de l'acte reproché fait de celui-ci un acte non criminellement répréhensible car cela constituerait un rapport antinomique entre les deux branches de droit et serait contraire au postulat de l'unité.

Ainsi, le justiciable qui se voit accusé d'un crime économique peut soulever une défense de licéité de droit civil. Il suffit de mentionner les deux cas suivants.

En droit privé de la *common law*, le dol par réticence n'est pas sanctionné civilement même si le comportement reproché répugne sur le plan moral⁶⁹. En revanche, le droit civil québécois sanctionne le dol par réticence bien qu'en certains cas, l'omission n'est pas sanctionnée. Tel est le cas du silence du vendeur face à un vice apparent car malgré son silence, l'acheteur est tenu en droit civil de constater les vices apparents affectant un bien (*caveat emptor*).

Un autre exemple mérite d'être signalé. Il s'agit de la sanction de la lésion en droit privé. Il n'est pas constant selon les sources à

68. Lajoie c. La Reine, J.E. 99-611 (C.A.).

69. J.C. SMITH, préc., note 60, p. 87, par. 4.15.

savoir si le droit criminel sanctionne la lésion, par exemple, faite à l'endroit d'une personne d'âge avancé. Le droit civil québécois ne faisait pas de distinction jusqu'à tout récemment entre la personne vulnérable et la personne détenant tous ses moyens⁷⁰. Avec l'avènement de la Charte québécoise et son article 48⁷¹, la Cour d'appel du Québec a reconnu la protection contre la lésion en faveur des personnes âgées. Ainsi, il nous paraît conforme à cette reconnaissance de voir le droit criminel sévir à l'endroit d'une lésion commise envers un segment grandissant d'une population qui est vulnérable⁷².

Si la licéité de droit civil est de secours à l'encontre d'une accusation pour fraude, il n'en est pas ainsi lorsque l'accusé invoque un droit moral, ou la croyance en la moralité de son geste pour justifier l'acte reproché⁷³.

Si l'acte licite au plan du droit civil n'est pas sanctionné pénalement, il ne s'en suit pas nécessairement que l'acte illicite sur le plan civil constitue *ipso facto* une infraction criminelle. L'acte reproché doit comporter le degré de gravité nécessaire.

-
70. En faveur de la sanction criminelle de la lésion: J. GAGNÉ et P. RAINVILLE, préc., note 7, p. 144; en common law: *R. c. Wendel*, (1992) 78 C.C.C. (3d) 279 (C.A. Man.). En droit civil québécois: *R. c. McBain*, [1964] B.R. 429 (C.A.). Cette approche nous paraît souhaitable mais elle n'était pas conforme au droit civil qui, jusqu'à récemment, ne sanctionnait pas la lésion contre les personnes âgées.
71. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12.
72. *Vallée c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2005 QCCA 316.
73. *R. c. Gamey*, (1993) 80 C.C.C. (3d) 117 (C.A. Man.); *R. c. Cinq-Mars*, (1989) 51 C.C.C. (3d) 248 (C.A.) : « [I]t clearly appears from the testimony of Cinq-Mars that he acted on the basis of a moral right strictly in order to avoid having to exercise his civil rights before the civil court. It follows, that this is not the exculpatory colour of right mentioned in s. 322 of the Criminal Code [...] »; *R. c. Hemmerly*, (1976) 30 C.C.C. (2d) 141, 145 : « [E]ven if the appellant believed that he had a moral claim to the money (which I am far from holding), a belief in a moral claim could not constitute a color of right [...] ».

4.3. L'illicéité sur le plan civil ne constitue pas nécessairement une infraction criminelle à défaut de gravité

Le droit criminel étant un droit de dernier recours, il suppose nécessairement l'illégalité civile pour sévir mais ce ne sont pas toutes les illégalités civiles qui font l'objet d'une répression criminelle. Seules les illégalités civiles les plus graves sont sanctionnées criminellement:

La simple inexécution d'un contrat ne tombe pas sous le coup de la loi pénale: le droit civil est suffisamment armé pour répondre à ces situations. C'est ainsi que la partie au contrat qui se trouve privée de la prestation qui lui est due peut mettre son débiteur en demeure, intenter une action en exécution et finalement emprunter la voie de l'exécution forcée⁷⁴.

Il y a consensus à cet égard. Le droit criminel n'a pas pour objet de sanctionner l'inexécution des obligations contractuelles. Autrement dit, le droit pénal n'a pas pour mission de faciliter l'exécution des obligations civiles⁷⁵. En revanche, le droit criminel sévit en matière d'infractions suffisamment graves tel le dol ou la fraude paulienne qui constituent *ipso facto* des illicéités civiles suffisamment graves pour justifier l'intervention du droit criminel. Il en est de même des simples inexécutions qui, *selon les circonstances* comportent un degré de gravité avérée.

4.4. L'illicéité sur le plan civil combinée à une gravité avérée constituera une fraude criminelle

Il est de ces illicéités au plan civil qui constituent *ipso facto* une infraction criminelle. Il en est ainsi de deux cas de figure de

74. U. CASSANI, préc., note 33, p. 82. Voir aussi M. NACCARATO, préc., note 9, p. 462-463.

75. J. GAGNÉ et P. RAINVILLE, préc., note 7, p. 23, 276; J.C. SMITH, préc., note 60, p. 23, par. 2-34.

fraude en droit civil, soit le dol entraînant le vice de consentement⁷⁶ et de la fraude paulienne⁷⁷.

Il est aussi certaines illicéités qui ayant franchi un seuil de gravité feront l'objet d'une sanction criminelle⁷⁸. Il en est ainsi par exemple d'une simple inexécution faisant l'objet d'actes répétés⁷⁹. Dans ce dernier cas cependant il se peut que la répétition de l'inexécution, au-delà de comporter un caractère grave, constitue aussi une preuve de l'intention préalable de ne point exécuter ses obligations ce qui qualifierait cette inexécution de dol. En revanche, « [l]a non-exécution d'une prestation dont l'intention naît *après* la formation du contrat constitue une fraude en droit criminel canadien si l'accusé, en dépit de son intention de ne pas exécuter sa prestation, permet par le silence à son cocontractant d'exécuter sa propre prestation à son détriment »⁸⁰.

Un autre cas de figure mérite d'être signalé. Il s'agit de l'obligation dite relationnelle ou l'obligation emportant un devoir de loyauté que nous qualifions de contrat qui emporte un degré de confiance accrue. Le contractant tenu à une obligation de loyauté se voit sévèrement sanctionné par le droit privé. Les sanctions civiles pour pareilles inexécutions excèdent les sanctions pour simple inexécution⁸¹. Ainsi, reconnaissant l'intensité accrue de l'obligation de loyauté, le droit criminel économique sanctionne à coup sûr la simple violation de pareille obligation⁸².

-
- 76. M. NACCARATO, préc., note 9, p. 465.
 - 77. R. c. *Lundgard*, (1991) 63 C.C.C. (3d) 368 (C.A. C.-B.); R. c. *Zlatik*, (1991) 65 C.C.C. (3d) 86 (C.A.), confirmé à R. c. *Zlatik*, [1993] 2 R.C.S. 29; R. c. *Biega*, [1989] A.Q. n° 205, [1989] R.L. 50.
 - 78. M. NACCARATO, préc., note 9, p. 464 et ss.
 - 79. *Nugent c. United States of America*, (1997) 102 O.A.C. 385 (C.A. Ont.).
 - 80. M. NACCARATO, préc., note 9, p. 466-467, au sujet de l'affaire R. c. *Brunner*, (1992) 7 W.C.B. (2d) 122, [1992] A.J. n° 721 (Prov. Ct. Alta). À ce sujet voir aussi J. GAGNÉ et P. RAINVILLE, préc., note 7, p. 179-180.
 - 81. Mario NACCARATO et Raymonde CRÊTE, « La confiance: de la réalité à la juridicité », (2012) *S.C. Law Rev.* 467.
 - 82. M. NACCARATO, préc., note 9, p. 511 et suiv.; au sujet du contrat relationnel; R. c. *Émond*, (1997) 117 C.C.C. (3d) 275 (C.A.) (courtier); R. c. *DoCouto*, (1996) 89 O.A.C. 192 (C.A. Ont.) (mandataire); *Adams c. R.*, (1995) Crim. L. R. 561 (C.P.) (administrateur); R. c. *Roy*, (1994) O.A.C. 127 (C.A. Ont.)

Voilà quelques catégories d'inexécution reconnues en droit criminel économique comme suffisamment grave pour justifier l'intervention du droit criminel. C'est ainsi qu'il se crée une normativité, à l'instar de l'arrêt *Théroux*, établissant les contours de la malhonnêteté de la troisième modalité de la fraude en droit criminel canadien.

Conclusion

The major difficulty with this benignly-intentioned approach is that the Act inevitably defines offences against property in terms of the categories of the civil law (see, for instance, ss.4, 5, 9 and 15). Words by means of which reference to those categories is made (such as “things in action,” “ownership,” “possession,” “proprietary right or interest,” “trespasser”) do not have “natural” meanings but technical ones. **This is helpful, not harmful; it makes for certainty in the criminal law.** The Act should of course be read sensibly; but that does not mean that there is a painless plain person’s root to its meaning. There are, in particular, bound to be cases in which the practitioner cannot do its full duty without an adequate grasp of relevant principles of the civil law. And the courts should be prepared to make careful application of those principles, for two reasons: as an **indispensable means of fixing the boundaries of criminal liability with adequate certainty;** and **to avoid incongruous** and even unjust comfort between the respective **demands on citizens of the civil and criminal law.**

Edward Griew⁸³

(mandataire); *R. c. Carter*, (1990) O.J. n° 3089, 10 W.C.B. (2d) 621 (C.J. Ont.) (courtier); *Renaud c. R.*, [1989] R.L. 451 (C.A.) (trésorier et directeur des finances d’une municipalité); *R. c. Harris*, (1989) O.J. n° 2635 (Dist. Ct. Ont.) (administrateur); *R. c. Olan*, préc., note 35, (administrateur); *R. c. Doreen Rungay Ltd. & Craig*, (1974) 19 C.C.C. (2d) 150 (C.A. Man.) (courtier); *R. c. Littler*, (1972) 13 C.C.C. (2d) 530 (C.S.P.) (directeur confirmé à *R. c. Littler*, (1974) 27 C.C.C. (2d) 216 (C.A.).

83. E. GRIEW, préc., note 60, p. 9, par. 1-21 (nos caractères gras).

Cette approche transversale permettant d'établir les contours de la malhonnêteté en droit criminel canadien nous permet ainsi de:

1. construire un droit de la fraude criminelle prévisible pour le justiciable;
2. construire une norme criminelle respectueuse du principe *nulla poena sine legge*; et
3. respecter les normes de clarté au plan des droits fondamentaux.

Ainsi, cette approche incorporant la norme civiliste permettra de faire de la malhonnêteté une question de droit uniforme quelle que soit l'infraction reprochée.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : L'APPROCHE ÉCONOMIQUE EN MATIÈRE DE MALHONNÊTÉTÉ ET
DE RÉGLEMENTATION FINANCIÈRE : LE CAS DES FRAUDES
D'INVESTISSEMENT

Auteur(s) : Guy BELLEMARE
Yves TRUDEL

Revue : RDUS, 2014, volume 44, numéro 1

Pages : 201-226

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/9935>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/9935>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

L'APPROCHE ÉCONOMIQUE EN MATIÈRE DE MALHONNÊTÉTÉ ET DE RÉGLEMENTATION FINANCIÈRE : LE CAS DES FRAUDES D'INVESTISSEMENT

par Guy BELLEMARE*
Yves TRUDEL**

Cet article utilise le cadre conceptuel développé en économie pour expliquer les comportements dits malhonnêtes et en minimiser leurs impacts. Ce canevas est appliqué concrètement aux cas des fraudes financières et à l'implantation de mécanismes visant à minimiser leur occurrence et leurs conséquences indésirables. Notre étude montre que si la réglementation s'avère un élément primordial pour réduire les coûts sociaux engendrés par les fraudes d'investissement, dans bien des cas, d'autres mécanismes sont également nécessaires. Ceci est appuyé par plusieurs recherches récentes qui tendent à démontrer que l'on peut prédire, moyennant la disponibilité d'informations minimales, les actes de fraude. Dans ce contexte, nous examinons la complémentarité de différents mécanismes de prévention, dont le cadre légal, pour prévenir les actes de fraude financière et, conséquemment, pour réduire les coûts sociaux qui y sont associés.

In this article, the writers refer to a conceptual framework developed in economics to explain dishonest behaviours and how to minimize their impact. This framework can be applied specifically to cases of financial fraud. Measures that can be implemented to reduce occurrences of financial misrepresentation and their undesirable consequences are also discussed. This study demonstrates that if regulation plays an important role in curtailing the social costs of investment fraud, other mechanisms should also be considered. This is supported by several recent studies which suggest that instances of various types of fraudulent action can be predicted by referring to generally available information. In this context, the writers consider various complementary preventive measures, in addition to the law, which could reduce the occurrence of financial fraud and thus minimize the social costs associated with it.

* . Professeur à la Faculté d'administration de l'Université de Sherbrooke, chercheur à la Chaire en Intégrité Financière CIBC et membre du Groupe de Recherche en Finance Appliquée.

** . Professeur à la Faculté d'administration de l'Université de Sherbrooke, chercheur à la Chaire en Intégrité Financière CIBC et membre du Groupe de Recherche en Finance Appliquée.

SOMMAIRE

Introduction	203
1. Traitement de la malhonnêteté en économique	205
1.1 L'approche néoclassique.....	205
1.2 L'approche comportementale.....	208
2. Circonscrire les coûts de la malhonnêteté	211
2.1 Le rôle de la réglementation.....	213
2.2 Les organismes d'auto réglementation	217
2.3 Divulgence, transparence et prévision des actes frauduleux	219
2.4 L'indemnisation des victimes de fraude	222
3. Conclusion.....	225

*There's one way to find out if a man is honest
– ask him.*

If he says « yes », he is a crook.

Groucho Marx

Citation tirée du livre « The (honest) truth
about dishonesty » de Dan Ariely (2012)

Introduction

La théorie économique est principalement fondée sur l'hypothèse que les individus maximisent leur utilité. Cette maximisation peut s'effectuer en considérant l'effet de leur action sur les autres individus. Toutefois, la variation du bien-être des autres agents n'est pas tenue en compte directement dans leur fonction d'utilité. Ainsi, le bien-être des autres agents n'est considéré que dans la mesure où ceux-ci anticipent stratégiquement (théorie des jeux) la réaction des autres agents à leur propre action. Ceci implique que les individus peuvent agir de façon malhonnête, dans la mesure où ce comportement peut leur être bénéfique. Des événements récents dans le domaine financier nous rappellent trop bien la validité de cette hypothèse et la nécessité de bien comprendre les comportements qui en découlent de manière à pouvoir les circonscrire.

Le présent article a pour objet d'utiliser le cadre conceptuel développé en économie pour expliquer les comportements dits malhonnêtes et en minimiser leurs impacts. Ce canevas est par la suite appliqué concrètement aux cas des fraudes financières et à l'implantation de mécanismes visant à minimiser leur occurrence et leurs conséquences indésirables. Cet article propose donc des principes économiques pour baliser certains comportements et s'associe ainsi à la tendance croissante d'utilisation de théories économiques dans l'application du droit et de la juste allocation des ressources qui en découlerait¹.

1. Pour un recensement de l'utilisation des théories économiques en droit, voir: Jules COLEMAN, « Economics and the Law: A Critical Review of the Foundations of the Economic Approach to Law », (1984) 94 (4) *Ethics*, 649; Frank H. EASTERBROOK, Foreword: The Court And The Economic System,

La première section de ce document rend compte de concepts et d'outils d'analyse économique qui réfèrent explicitement ou implicitement à la malhonnêteté (théorie de l'agence, sélection adverse, risque moral) en utilisant les hypothèses classiques de cette discipline. Certaines nuances à ces hypothèses sont également proposées à la lumière des derniers développements provenant de l'approche dite comportementale. La deuxième section établit certains principes et suggère des mécanismes visant à minimiser et à circonscrire les pratiques malhonnêtes dans les cas de fraudes d'investissement². Ainsi, notre étude montre que si la réglementation s'avère un élément primordial pour réduire les coûts sociaux engendrés par les fraudes d'investissement, dans bien des cas, d'autres mécanismes sont également nécessaires. Ceci est particulièrement pertinent puisque plusieurs recherches récentes tendent à démontrer que, dans une certaine mesure, et moyennant la disponibilité d'informations minimales on peut prédire les actes de fraude. Dans ce contexte, nous examinons donc la complémentarité de différents mécanismes de prévention, dont fait partie la cadre normatif – et donc légal – pour prévenir les actes de fraudes financières et, du même coup, pour réduire les coûts sociaux qui y sont associés. La dernière section présente nos conclusions.

(1984) 98 (4) *Harvard Law Review*, 4; William M. LANDES et Richard A. POSNER, « The Influence of Economics on Law: A Quantitative Study », (1993) 36 (1) Part. 2 *Journal of Law & Economics*, 385; George STIGLER, « Law or Economics? », (1992) 35 (2) *Journal of Law & Economics*, 455; Joshua WRIGHT et Douglas GINSBURG, « Behavioral Law and Economics: Its Origins, Fatal Flaws, and Implications for Liberty », (2012), 106 (3) *Northwestern University Law Review*, 1033.

2. Pour une analyse des comportements malhonnêtes dans d'autres circonstances (corruption, inconduite en milieu organisationnel, etc.), voir, par exemple : Arvind K. JAIN, « Corruption: A Review », (2001) 15 (1) *Journal of Economic Surveys*, 71; Susan ROSE-ACKERMAN, « Corruption, Greed, Culture and the State », (2010) *Yale Journal Law Online*, 120, 125.

1. Traitement de la malhonnêteté en économique

1.1 L'approche néoclassique

La malhonnêteté est un concept implicitement admis mais rarement énoncé en économique. Un des préceptes de base de la science économique est de poser que les individus maximisent leur utilité. Cette maximisation peut se réaliser sans égard à l'impact de cette même maximisation sur le bien-être des autres individus (outre l'anticipation stratégique de leurs actions sur l'utilité de ces mêmes individus). Sur cette base, les individus évaluent la pertinence de leur action par une analyse coût-bénéfice³. Une action aura ainsi une connotation honnête si le bénéfice espéré de celle-ci est plus élevé que son coût espéré, tel qu'évalué par la probabilité que le comportement déviant soit détecté et qu'une pénitence soit associée à ce comportement (peine d'emprisonnement, amendes, perte de réputation, etc.). Dans l'approche néoclassique, l'honnêteté n'est donc pas une valeur qui est de facto intégrée à la fonction d'utilité des agents économiques. Elle n'est que la résultante circonstancielle de l'environnement économique et d'une analyse coût-bénéfice individuelle. Les individus agiront ainsi de façon honnête ou malhonnête, dans la mesure où ce comportement leur est bénéfique. Cette approche, fondée sur les principes de maximisation de l'utilité et d'efficacité dans l'allocation des ressources, est critiquée, notamment pour son utilisation dans la pratique du droit⁴.

De nombreux modèles économiques provenant de l'approche néoclassique admettent implicitement la présence de comportements malhonnêtes. C'est notamment le cas en finance, où plusieurs irrégularités peuvent être analysées de cet angle.

-
3. Gary S. BECKER, « Crime and Punishment: An economic approach », (1968) 76(2) *Journal of Political Economy*, 169.
 4. Edwin C. BAKER, « The Ideology of Economic Analysis of Law », (1975) 5 (1) *Philosophy and Public Affairs*, 3; C.G. VELJANOVSKI, « The Economic Approach to Law: A Critical Introduction », (1980) 7(2) *British Journal of Law and Society*, 158.

Ainsi, on fait état de *sélection adverse* lorsqu'un contrat doit être établi entre deux parties alors qu'une des deux parties détient de l'information sur ses propres attributs que l'autre partie ne détient pas. En pareil cas, une partie (le principal) tente de fixer les paramètres et le juste prix de l'entente sans avoir en main une information complète sur l'autre partie (l'agent). Ce problème est, par exemple, couramment évoqué par les financiers appelés à financer des entrepreneurs. Ce modèle admet ainsi que l'agent pourrait contracter avec le principal sans dévoiler honnêtement ses capacités à exécuter le contrat à juste prix⁵. En somme, ce modèle accepte que l'agent puisse mentir (ou, à tout le moins, que l'agent ne dise pas toute la vérité), dans la mesure où cet acte peut lui permettre de maximiser son utilité. En pareil cas, le principal doit offrir à l'agent des contrats, ou mettre en place des mécanismes dits incitatifs-compatibles, qui inciteront ce dernier à établir un prix pour ses services qui reflètera ses véritables capacités.

Les problèmes dits de *risque moral* désignent les difficultés provenant des actions non-observées par le principal que peuvent prendre une des parties (l'agent) une fois le contrat établi⁶. Ces problèmes sont fréquemment évoqués, notamment, dans les contrats d'assurance. Ainsi, un contrat qui assurerait une pleine assurance contre certaines contingences pourrait inciter le

-
5. Le cas de Long-Term Capital Management illustre la difficulté des bailleurs de fonds à bien mesurer, à priori, la capacité des dirigeants à réaliser un mandat (sélection adverse). Pour en savoir plus sur LTCM et les autres cas mentionnés dans la présente section, voir : Yves TRUDEL, « Fraudes et autres irrégularités financières: tire-t-on des leçons du passé? », dans Michel Dion (dir.), *La Criminalité Financière – Prévention, gouvernance et influences culturelles*, DeBoeck Université, 79-101.
 6. Les cas de la Allied Irish Bank (et de son négociateur John Rusnak), de Barings (Nick Lesson) et de la Société Générale (Jérôme Kerviel) illustrent des situations où les agents ne travaillent pas nécessairement dans le meilleur intérêt de leur client (problème d'agence) ou outrepassent les règles de leur mandat ou contrat de travail (risque moral). Les comportements qu'induisent les lacunes de contrôles ou les ententes contractuelles défaillantes génèrent des actions, malhonnêtes ou non, dont la finalité est de contribuer à maximiser la satisfaction des agents. L'apparente malhonnêteté est ainsi un produit dérivé des comportements maximisant l'utilité des agents.

détenteur de l'assurance à agir de façon négligente, une fois la prime d'assurance établie. Ce modèle admet que les individus peuvent détourner l'esprit du contrat à leur propre avantage, en agissant d'une façon non-optimale (en prenant, par exemple, des risques élevés qui sont induits de par la structure même du contrat). La malhonnêteté n'est pas évoquée explicitement mais elle est une partie intégrante du modèle. En fait, l'expression « risque moral » désigne explicitement les tendances malhonnêtes qui peuvent induire les individus à exploiter les faiblesses d'une entente contractuelle. Certains mécanismes peuvent être mis en place pour minimiser le risque moral (par exemple, le monitoring de l'agent), suite à l'entrée en vigueur de l'entente contractuelle.

La *théorie de l'agence* fait pour sa part référence aux problèmes qui émanent lorsqu'une partie (le principal) délègue une tâche à une autre partie (l'agent)⁷. Les problèmes d'agence sont fréquemment évoqués en finance dans les relations entre les actionnaires et les dirigeants, notamment par le transfert de ressources dédiées à l'entreprise au profit des dirigeants mandatés par ces mêmes actionnaires pour agir au meilleur de leur intérêt. La malhonnêteté n'est pas explicitement évoquée dans cette théorie. Une fois de plus, les comportements maximisant des dirigeants (diversion de ressources de l'entreprise pour satisfaire leur propre intérêt) n'est que la résultante de leur comportement rationnel qui vise à optimiser leur propre satisfaction. La malhonnêteté n'est pas un facteur du modèle mais bien une conséquence des comportements rationnels. La théorie de l'agence, tout comme les deux éléments précédemment évoqués, décrit ces phénomènes et tente d'offrir des mécanismes pour pallier à cette malhonnêteté jamais explicitement énoncée mais toujours présente implicitement.

7. Plus particulièrement, voir le cas Madoff (Harry MARKOPOLOS, *Testimony of Harry Markopolos, before the U.S. House of Representatives Committee on financial services*, (2009)). Ce dernier cas est indicatif de problèmes de sélection adverse (agent payé à un prix qui ne reflète pas sa valeur), de risque moral (contrat défaillant entre le principal et l'agent qui induisent des comportements non-optimaux) et d'agence (l'agent ne travaillant pas aux meilleurs intérêts du principal).

L'approche décrite dans la présente section est largement répandue dans l'analyse du droit en général⁸ et dans l'analyse des fraudes en particulier. À cet effet, certains modèles rendent compte des problèmes de risque moral, des comportements frauduleux y étant associés et des façons de palier à ces problèmes par le biais du monitoring⁹ ou par l'impact des effets de réputation sur les agents¹⁰.

1.2 L'approche comportementale

Les critiques du modèle économique néoclassique remontent à loin. Déjà, Allais¹¹, Simon¹² et Ellsberg¹³, remettent en cause certaines des hypothèses fondamentales de ce modèle et suggèrent par le fait même qu'il représente une description inadéquate du comportement humain. Plus particulièrement, ces auteurs remettent en question le caractère absolu de la rationalité humaine et le comportement maximisant des agents économiques qui sont à la base du modèle néoclassique¹⁴. Ce n'est toutefois qu'au cours des

-
8. Voir notamment : Mitchell POLINSKY et Steven SHAVELL, « The Economic Theory of Public Enforcement of Law », (2000) 38 (1) *Journal of Economic Literature*, 45; Joel WALDFOGEL, « Are Fines and Prison Terms Used Efficiently? Evidence on Federal Fraud Offenders », (1995) 38 (1) *Journal of Law and Economics* 107, 106-139.
 9. Richard WATT, « Curtailing Ex-Post Fraud in Risk Sharing Arrangements », (2003) 16 (2) *European Journal of Law and Economics*, 247.
 10. Cindy R. ALEXANDER, « On the Nature of the Reputational Penalty for Corporate Crime: Evidence », (1999) 42 (S1) *Journal of Law and Economics*, 489; Eric HELLAND, « Reputational Penalties and the Merits of Class-Action Securities Litigation », (2006) 49(2) *Journal of Law and Economics*, 365; Jonathan M. KARPOFF et John R. LOTT, « The Reputational Penalty Firms Bear from Committing Criminal Fraud », (1993) 36(2) *Journal of Law and Economics*, 757.
 11. Maurice ALLAIS, « Le comportement de l'homme rationnel devant le risque: Critique des postulats et axiomes de l'école Américaine », (1953) 21(4) *Econometrica*, 503.
 12. Herbert A. SIMON, « A behavioral model of rational choice », (1955) 69 (1) *Quarterly Journal of Economics*, 99.
 13. Daniel ELLSBERG, « Risk, Ambiguity, and the Savage Axioms », (1961) 75 (4) *Quarterly Journal of Economics*, 643.
 14. De la même façon, les objections au modèle néoclassique en droit et économie sont pratiquement aussi vieilles que le champ de spécialisation

quelques trente dernières années qu'une approche alternative à l'approche néoclassique des phénomènes économiques a réellement été développée et reconnue, l'approche comportementale.

L'approche comportementale de l'économie a emprunté à la psychologie pour décrire un ensemble de situations dans lesquelles le comportement des individus diffère de celui qui est prescrit par l'approche néoclassique. Plus particulièrement, l'économie comportementale reconnaît que la rationalité des individus est limitée. Dans cette approche, les individus prennent souvent leurs décisions sur la base d'heuristiques ou de règles du pouce. Ce comportement amène à son tour les individus vers des biais de raisonnement, lesquels les entraînent finalement à faire des choix qui ne sont pas optimaux selon le modèle néoclassique. Ainsi, il a été démontré que, parce que les individus ont une mémoire limitée, ils ont tendance à accorder une probabilité d'occurrence plus forte à des phénomènes auxquels ils ont été récemment ou fréquemment exposés. Ce biais cognitif, qu'on a appelé le biais de disponibilité, pourrait, par exemple, amener des individus (incluant des législateurs) à surévaluer le risque – et donc l'importance – des fraudes financières, dans des périodes où de tels cas sont fortement médiatisés¹⁵.

L'approche dite comportementale cherche donc à modéliser les comportements avec les outils économiques traditionnels mais avec des hypothèses plus réalistes quant aux comportements humains. Cette modélisation permet alors d'effectuer des prédictions plus exactes quant au comportement humain et, dans le cas concret de la pratique du droit, d'établir des prescriptions

lui-même. À cet effet, voir, par exemple : Mark KELMAN, « Consumption theory, production theory, and ideology in the Coase theorem », (1978) 52 (2) *S. Cal. L. Rev.*, 669; Duncan KENNEDY, « Cost-benefit analysis of entitlement problems: a critique » (1981) 33 (3) *Stanford Law Review*, 387.

15. Pour une description plus exhaustive des différents biais cognitifs caractérisant le comportement des agents économiques, le lecteur pourra se référer à l'ouvrage de : Daniel KAHNEMAN, *Thinking, fast and slow*, Macmillan.

juridiques plus appropriées¹⁶. Ainsi, par exemple, Joll et al.¹⁷ montrent comment l'approche comportementale peut être utilisée en droit, tant à des fins positives, prescriptives, que normatives¹⁸.

À la lumière de cette approche, de nombreuses nuances au modèle de base néoclassique ont ainsi été proposées pour modéliser les comportements dits malhonnêtes. Par exemple, selon Gneezy¹⁹ et Hurkens et Kartik²⁰, les individus seraient influencés par l'impact de mentir sur le bien-être des autres individus. Empiriquement, les résultats indiquent que les individus préfèrent ne pas mentir si le gain que leur procure ce mensonge est faible par rapport au coût que celui-ci fait subir à autrui²¹. Qui plus est, les individus seraient

-
16. Par ailleurs, on se doit de noter que, contrairement à ce que certains pourraient croire, cette approche ne suggère pas que le comportement humain est complètement aléatoire et impossible à prédire; elle suggère plutôt que ce comportement est systématique et peut être modélisé. En ce sens, l'approche comportementale est parfaitement justifiée dans l'analyse de problèmes économiques. D'ailleurs, comme le mentionne Kenneth J. ARROW, « Rationality of Self and Others in an Economic System », dans *Rational Choice: The Contrast Between Economics and Psychology*, Robin M. Hogarts et Melvin W. Reder eds : « *There is no general principle that prevents the creation of an economic theory based on other hypotheses than that of rationality (...). Any coherent theory of reactions to the stimuli appropriate in an economic context could in principle lead to a theory of the economy* ».
 17. Christine JOLLS, Cass R. SUNSTEIN & Richard THALER, « A behavioral approach to law and economics », (1998) 50 (5) *Stanford Law Review*, 1471.
 18. Pour d'autres applications de l'approche comportementale en droit et économie, voir également : Donald LANGEVOORT, « Behavioral theories of judgment and decision making in legal scholarship: A literature review », (1998) 51 (6) *Vand. L. Rev.*, 1499.
 19. Uri GNEEZY, « Deception: The role of consequences », (2005) 95(1) *American Economic Review*, 384.
 20. Sjaak HURKENS et Navin KARTIK, « Would I lie to you? On social preferences and lying aversion », (2009) 12(2) *Experimental Economics*, 180.
 21. Les incitatifs à mentir sont également adressés, notamment, dans les articles de : Vincent P. CRAWFORD, « Lying for strategic advantage: Rational and boundedly rational misrepresentation of intentions », (2003) 93(1) *American Economic Review*, 133; Matthias SUTTER, « Deception through telling the truth? Experimental evidence from individuals and teams », (2009) 119(534) *Economic Journal*, 47; Tore ELLINGSEN, Magnus

prêts à subir le coût minime d'un mensonge (dit altruiste) si le gain que celui procure à autrui est élevé²².

Pour leur part, Mazar et Ariely²³ estiment que les individus sont également influencés par leur désir de préserver une bonne image d'eux-mêmes. Cette approche impose donc une limite au comportement maximisant adopté dans l'approche traditionnelle, le désir des individus de préserver une bonne image d'eux-mêmes réduit leur pulsion à maximiser (sans égard à l'impact de ces actions sur l'utilité des autres individus) leur propre utilité. Ainsi, ce désir de préserver une bonne image d'eux-mêmes, duquel la perception d'être honnête serait partie intégrante, amène les individus à limiter leurs comportements malhonnêtes. En fait, et toujours dans l'optique d'une analyse coût-bénéfice, les individus sont prêts à tricher (et à recevoir les gains provenant de cet acte) mais dans la mesure où ce geste malhonnête ne réduit pas trop leur estime de soi. Cette approche admet donc que l'individu maximise sa propre utilité mais que le coût associé à une possible baisse de l'estime de soi réduit une partie des excès associée au processus de maximisation classique. L'individu demeure ainsi égocentré et est prêt à agir de façon malhonnête dans la mesure où le bénéfice de l'acte est plus élevé que le coût.

2. Circonscrire les coûts de la malhonnêteté

Étant donné les coûts importants que la malhonnêteté entraîne pour la société²⁴, on doit dès lors se demander s'il est possible de les éviter ou, à tout le moins, de les minimiser. Si on désire minimiser les coûts sociaux qui résultent d'actes malhonnêtes ou frauduleux, il faut tout d'abord être en mesure de

-
- JOHANNESSON, Jannie LILJA et Henrik ZETTERQVIST, « Trust and truth », (2009) 199(534) *Economic Journal*, 252.
22. Sanjiv ERAT et Uri GNEEZY, « White Lies », (2011) 58(4) *Management Science*, 723.
23. Nina MAZAR et Dan ARIELY, « Dishonesty in Everyday Life and Its Policy Implications », (2006) 25 (1) *Journal of Public Policy and Marketing*, 117.
24. Voir notamment: David A. ANDERSON, « The Aggregate Burden of Crime », (1999) 42(2) *Journal of Law and Economics*, 611.

les identifier. Nous vous proposons l'approche suivante qui consiste à les regrouper en deux catégories.

La première catégorie de coûts résulte du fait que l'on prend généralement pour acquis que des actes malhonnêtes seront éventuellement commis. En conséquence, la société s'est dotée de différentes mesures et structures qui ont pour objectif de réduire l'étendue des dommages qui résulteraient de la perpétration d'actes malhonnêtes. Il s'agit donc des coûts qui relèvent de l'ensemble de l'appareil judiciaire – les lois et règlements, de même que les structures mises en place pour les administrer – instauré par la société pour combattre les actions malhonnêtes des individus.

La deuxième catégorie de coûts est celle qui découle de l'incapacité pour l'appareil judiciaire d'enrayer complètement la perpétration d'actes malhonnêtes. Cette deuxième catégorie comprend donc l'ensemble des coûts résultants d'actes frauduleux. Par ailleurs, ces coûts sont déterminés par les deux facteurs suivants: 1) la probabilité que des actes malhonnêtes soient commis et 2) les coûts qui résultent de ces actes, une fois qu'ils ont été commis.

Pour toute société, la minimisation des coûts de la malhonnêteté résultent donc de la recherche du juste équilibre entre les coûts qui émanent des deux catégories que nous venons de définir. Ainsi, une société pourrait se donner pour objectif d'enrayer complètement les coûts qui résultent de la perpétration d'actes malhonnêtes. Ce faisant, elle éliminerait les coûts qui font partie de la deuxième catégorie. Par contre, pour ce faire, elle devrait fort probablement se doter d'un appareil judiciaire lourd et coûteux, augmentant ainsi les coûts compris dans la première catégorie. Inversement, une société qui investit peu dans son appareil judiciaire risque fort de devoir supporter des coûts importants résultant de la perpétration d'actes frauduleux. Comme on peut le voir, et bien que cela puisse paraître étrange, d'un point de vue strictement économique, il est généralement optimal pour une société, d'admettre que des actes frauduleux puissent être commis.

Dans les sous-sections suivantes, nous ferons l'inventaire de différentes mesures visant à réduire la deuxième catégorie de coûts, soit ceux que la société doit assumer, lorsque des actes malhonnêtes sont commis. Notre objectif n'est pas de faire un inventaire exhaustif des différentes mesures mais bien d'en faire ressortir leur complémentarité.

2.1 Le rôle de la réglementation

Il va sans dire que le législateur joue un rôle important dans la prévention des actes frauduleux (minimisant ainsi leur probabilité d'occurrence). D'une part, de par ses lois et règlements, le législateur peut, jusqu'à un certain point, décourager les agents à commettre des actes frauduleux. D'autre part, le législateur contribue également à la prévention de la fraude, en créant des organismes de surveillance dont la mission consiste principalement à veiller à l'application des lois et règlements, mais aussi, le plus souvent, à superviser et à encadrer les différents acteurs qui sont sous leur juridiction. En jouant un rôle dissuasif et en agissant en tant que facteur de contrôle, la législation représente donc un acteur important dans la prévention des actes frauduleux. Par contre, une étude récente²⁵ montre que le régulateur n'est pas particulièrement efficace dans la détection des actes frauduleux. Ce serait du moins vrai dans les cas de fraudes financières.

Ces auteurs se sont effectivement intéressés à identifier les personnes physiques ou morales qui ont été les premières à sonner l'alarme dans 216 cas de fraude alléguée ayant été commis aux États-Unis. Leurs résultats montrent que la SEC (Securities and Exchange Commission) a été le principal agent de révélation de la fraude dans seulement 7% des cas. Par ailleurs, les acteurs les plus importants dans la dénonciation des actes frauduleux étaient les employés (17%), les organismes de réglementation non-gouvernementale (13%) et les médias (13%). Les résultats de cette

25. Alexander DYCK, Adair MORSE, et Luigi ZINGALES, « Who blows the whistle on Corporate Fraud? », (2010) 65(6) *Journal of Finance*, 2213.

étude mettent en évidence les limites du régulateur, dans ce cas-ci la SEC, à détecter les actes de fraudes.

Ces derniers résultats ne sont par ailleurs pas étrangers à la théorie de la « capture du régulateur », laquelle critique la nature même des raisons qui induisent la création et les opérations des organismes de réglementation. Cette théorie suggère que les organismes de réglementation peuvent parfois agir en faveur de certains groupes d'intérêt qui dominent une industrie (que ces mêmes organismes de réglementation sont, en principe, chargés de réglementer). En somme, ces organismes, de par l'influence des groupes d'intérêt, seraient peu aptes à détecter les irrégularités (ce que tend à confirmer l'étude de Dyck, Morse et Zingales²⁶). Ainsi, la capture du régulateur est induite par des groupes d'individus ayant un intérêt élevé dans la formulation des lois et règlements relatifs à leurs activités et qui sont prêts à investir des ressources considérables pour influencer la formulation de ces règles à leur avantage. Ceci contraste avec les intérêts diffus des particuliers qui n'ont ni les ressources ni une motivation suffisante pour contrebalancer le poids des groupes d'influence²⁷.

Le cas de Banker Trust (BT), et de l'absence de suivi réglementaire suite à cet événement, est un exemple de cadre législatif et réglementaire formulé pour le bénéfice de groupes d'intérêt. Les groupes de pression bénéficient d'incitatifs ciblés qui les prédisposent à donner « l'effort nécessaire » pour induire une réglementation qui leur convient. La réglementation « adaptée » du secteur des produits dérivés illustre bien la théorie de la capture du régulateur. Ainsi au début de l'année 1994, en raison notamment des irrégularités liées aux transactions de produits dérivés dans

26. *Id.*

27. Voir, entres autres: George STIGLER, « The Theory of Economic Regulation », (1971) 2 (1) *Bell journal of economics and management science*, 3; Jean-Jacques LAFFONT et Jean TIROLE, « The politics of government decision making: A theory of regulatory capture, (1991) 106(4) *Quarterly Journal of Economics*, 1089; Michael E. Levine et Jennifer Forrence, « Regulatory capture, public interest, and the public agenda: Toward a synthesis », (1990) 6 (Special Issue) *Journal of Law Economics & Organization*, 167.

l'affaire BT, la Commodity Futures Trading Commission (CFTC), un organisme de réglementation américain, rédigea une première ébauche de réglementation pour encadrer les transactions de produits dérivés non standardisés. La CFTC était particulièrement préoccupée par l'absence de contrôle et de réglementation de ces produits financiers, de même que par l'absence notoire de transparence dans les transactions entre les parties impliquées²⁸.

Le 7 mai 1998, la CFTC émit formellement un projet de législation tout en sollicitant les opinions des autres instances réglementaires, des académiciens et des praticiens œuvrant dans l'industrie financière. L'objectif du projet était de fixer « how best to maintain adequate regulatory safeguards without impairing the ability of the Over-the-counter derivatives market to grow and the ability of U.S. entities to remain competitive in the global financial marketplace »²⁹. La position de la CFTC fut attaquée par le président du Federal Reserve Board, Alan Greenspan, les secrétaires du Trésor, Robert Rubin et Lawrence Summers, et même par Arthur Levitt, le président de la Securities and Exchange Commission³⁰. Il est difficile d'ignorer qu'une partie de la récente crise financière aurait pu être évitée avec une réglementation adéquate des produits dérivés et, précisément, de par l'application du projet émanant de la CFTC. L'absence de réglementation, d'autant plus difficile à justifier à la lumière de l'histoire récente et du cas de Banker Trust, a permis notamment à AIG de prendre des positions déraisonnables dans le marché des swaps de défaillance (Credit default swaps, ou plus simplement CDS, en anglais)³¹.

28. Rick SCHMITT, « Prophet and Loss - Brooksley Born warned that unchecked trading in the credit market could lead to disaster », (2009) *Stanford News*, Mars/Avril; Michael KIRK, 2009, The Warning, *Frontline*, PBS public affairs program, en ligne : <<http://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/warning/>>.

29. Commodity Futures Trading Commission, 1998, en ligne : <<http://www.cftc.gov/opa/press98/opa4142-98.htm>>.

30. R. SCHMITT, préc., note 28; M. KIRK, préc., note 28.

31. Les propos de l'ancienne présidente de la CFTC, Brooksley Born, militent en faveur de l'argument voulant que l'absence d'une réglementation adéquate soit la résultante de la capture du régulateur au profit de groupes d'intérêt : « *The market grew so enormously, with so little oversight and*

Par ailleurs, même lorsque les lois nécessaires à l'encadrement efficace des marchés financiers sont adoptées, leur application n'est pas nécessairement assurée, en raison des difficultés qu'ont les agences réglementaires à attirer ou à garder des employés qualifiés³². À cet égard, Bond et Glode³³ ont développé un modèle théorique où les institutions financières tendent à attirer les travailleurs plus qualifiés provenant des organismes réglementaires, entraînant ainsi, et au même moment, une hausse des actes frauduleux³⁴. Ce pouvoir d'attraction est bien évidemment plus élevé en périodes de croissance économique et de marchés haussiers, entraînant par le fait même une augmentation des actes frauduleux durant ces mêmes périodes. Ces résultats sont semblables à ceux obtenus par Povel, Singh et Winston³⁵ qui établissent également que les actes frauduleux devraient survenir lors de périodes économiques favorables.

Le modèle de Bond et Glode³⁶ exploite également l'idée que, dans le domaine financier, les travailleurs en début de carrière accumulent du capital humain en œuvrant pour les organismes réglementaires et que les meilleurs d'entre eux quittent ces institutions en milieu de carrière pour rejoindre le secteur privé. Ces

-
- regulation, that it made the financial crisis much deeper and more pervasive than it otherwise would have been. » Selon R. SCHMITT, préc., note. 28: « (...) she also lamented the influence of Wall Street lobbyists on the process and the refusal of regulators to discuss even modest reforms. ».*
32. « Does it really matter who is in charge of the regulators? The grunt work of supervision depends on more junior staff, who will always struggle to keep tabs on smarter, better-paid types in the firms they regulate », « Finance's other bosses », (2010) 30 septembre *The Economist*, en ligne : <<http://www.economist.com/node/17147796>>.
33. P. BOND et V. GLODE, 2012, Bankers and Regulators, *Document de travail*, Wharton School.
34. « Staff resignations doubled at the Financial Services Authority in the second quarter as the government announced plans to split up the embattled regulator and as revived private sector recruitment lured away managers and frontline supervisors », Brooke MATERS, « FSA exodus adds to concern over regulation », (2010) 8 août *Financial Times*.
35. Paul POVEL, Rajdeep SINGH et Andrew WINTON, « Booms, Busts, and Fraud », (2007) 20 (4) *Review of Financial Studies*, 1219.
36. P. BOND et V. GLODE, préc., note 33.

résultats sont cohérents avec des études récentes sur la motivation des employés du secteur public³⁷.

Comme on peut le voir à la lumière des différentes études discutées dans la présente section, l'appareil réglementaire ne peut, à lui seul, réduire efficacement les coûts associés aux actes frauduleux. Pour réduire ces coûts, la société doit aussi compter sur d'autres mécanismes. En particulier, l'étude de Dyck, Morse et Zingales³⁸ fait ressortir de façon évidente l'importance des organismes d'auto réglementation et, de façon moins évidente, l'importance de la divulgation d'information, comme mécanismes de prévention de la fraude. Dans la prochaine section, nous traitons des organismes d'auto réglementation. La question de la divulgation d'information sera traitée immédiatement après.

2.2 Les organismes d'auto réglementation

Dans plusieurs industries ou professions, les entreprises ou les individus se regroupent sous forme d'associations. C'est le cas notamment de l'industrie des services financiers. Ces associations ont pour objectif premier de fournir différents services à leurs membres. Elles ont aussi à cœur de préserver la bonne marche des affaires au sein de leur industrie ou de leur profession. En tant que tel, elles constituent souvent des organismes d'auto réglementation. Comme le démontre l'étude de Dyck, Morse et Zingales³⁹, ces organismes sont souvent plus efficaces que le législateur pour détecter – et, parfois même, sanctionner – les comportements déviants de leurs membres. Les raisons de leur efficacité à détecter les comportements malhonnêtes de leurs membres tiennent principalement de deux facteurs. Premièrement, dans le cadre de leur mission, ces organismes recueillent souvent des informations qui ne sont pas du domaine public. Deuxièmement, ils ont de nombreux incitatifs à le faire.

37. Patrick FRANCOIS, « Making a Difference », (2007) 38 (3) *RAND Journal of Economics*, 714; Josse DELFGAAUW et Robert DUR, « Incentives and Workers' Motivation in the Public Sector », (2008) 118 *The Economic Journal*, 171.

38. A. DYCK, A. MORSE et L. ZINGALES, préc., note 25.

39. *Id.*

Par exemple, dans le domaine financier, il est admis que plus le degré de confiance des investisseurs à l'égard des marchés financiers est grand, plus les investisseurs sont portés à y investir leurs épargnes. De plus, lorsqu'ils investissent dans les marchés financiers, plus leur degré de confiance est élevé, plus les sommes investies sont importantes^{40 41}. Ainsi, il est facile d'imaginer qu'un cas comme celui de Norbourg au Québec a eu un impact négatif considérable sur la confiance des investisseurs – en particulier les petits épargnants – envers les marchés financiers. Par conséquent, et bien que nous n'ayons pas de chiffres précis pour appuyer nos dires, il n'est pas difficile d'imaginer que ce cas de fraude fort médiatisé a eu des effets négatifs sur les revenus d'autres intervenants des milieux financiers. Par exemple, certaines études ont démontré qu'un cas de fraude dans une industrie donnée a pour effet de réduire la valeur des actions d'entreprises du même secteur. C'est le cas de l'étude de Brown et Burdekin⁴² qui associent la baisse de 25% de l'indice de la Bourse de Vancouver – une baisse qui est survenue en moins de six semaines au printemps 1997 – au scandale financier découlant de l'affaire Bre-X.⁴³

D'autre part, Fich et Shivdasani⁴⁴ révèlent qu'il y a également un coût à supporter par les membres des conseils d'administration des firmes victimes de fraude. Les auteurs trouvent en effet que,

-
- 40. Voir : Luigi GUIISO, Paola SAPIENZA et Luigi ZINGALES, « Trusting the stock market », (2008) 63 (6) *Journal of Finance*, 2557.
 - 41. Par ailleurs, il est intéressant de noter que l'importance de la confiance des investisseurs envers le système financier est plus grande chez les individus qui n'ont pas beaucoup de culture financière (Voir à cet effet : Paola SAPIENZA et Luigi ZINGALES, « Trust and finance », (2011) 2 *NBER Reporter*, 16.). Or, il s'agit précisément de la catégorie d'investisseurs dont on cherche le plus à protéger l'épargne avec la présence d'un fonds d'indemnisation.
 - 42. William O. BROWN Jr. et Richard C.K. BURDEKIN, « Fraud and financial markets: The 1997 collapse of junior mining stocks », (2000) 52 (3) *Journal of Economics and Business*, 277.
 - 43. Voir aussi : Joseph BOWER et Stuart GILSON, « The social costs of fraud and bankruptcy », (2003) 81(12), *Harvard Business Review*, 20 qui discutent des coûts, pour l'industrie, découlant du scandale de Worldcom.
 - 44. Eliezer M. FICH et Anil SHIVDASANI, « Financial fraud, director reputation, and shareholder wealth », (2007) 86 (2) *Journal of financial Economics*, 306.

suite à une poursuite en justice pour cas de fraude financière, il n'y a pas de rotation anormale des membres du conseil d'administration de la firme poursuivie. Par contre, les membres externes qui font partie du conseil d'administration de la firme poursuivie perdent des sièges sur les conseils qu'ils occupaient auprès d'autres firmes. La réputation des administrateurs serait donc entachée par les cas de fraude financière vécus au sein des entreprises auxquelles ils siègent. De plus, selon les auteurs, les coûts associés à leur perte de réputation seraient positivement corrélés à l'importance de la fraude et d'autant plus importants que la responsabilité de surveillance du membre du conseil était élevée. À ceci s'ajoutent bien entendu les coûts élevés qu'encourent les dirigeants des firmes coupables d'actes frauduleux ou de mauvaise conduite⁴⁵.

Comme le démontrent les exemples ci-dessus, les organismes d'auto réglementation, parce qu'ils ont pour mission de voir au bien-être de l'ensemble de leurs membres, que ce soit en protégeant leur réputation ou leurs intérêts commerciaux, ont des incitatifs rationnels non négligeables pour rapporter aux autorités concernées, les actes malhonnêtes adoptés par un – ou un petit nombre – de leurs membres. Toutefois, ce qui rend ces organismes efficaces dans la détection des actes de fraudes réside dans le fait qu'ils possèdent souvent des informations privilégiées. La disponibilité de l'information est donc un facteur clé dans la détection, sinon dans la prévention, d'actes malhonnêtes.

2.3 Divulcation, transparence et prévision des actes frauduleux

Comme le dit si bien Brandeis « Sunlight is the best of disinfectants »⁴⁶. Par définition, les individus malhonnêtes agissent en catimini. C'est pourquoi, plus un système est transparent – que

45. Jonathan M. KARPOFF, D. Scott LEE et Gerald S. MARTIN, « The consequences to managers for financial misrepresentation », (2008) 88 (2) *Journal of financial Economics*, 193.

46. Louis D. BRANDEIS, *Other people's money: and how the bankers use it (1914)*, Martino Fine Books, 2009.

ce soit le système financier ou un autre – plus il est facile d'y détecter les actes frauduleux. Bien entendu, il y a des limites à la divulgation. Par exemple, les entreprises invoquent souvent des raisons stratégiques et de compétition pour freiner les ardeurs du législateur lorsque celui-ci plaide pour une plus grande transparence et une plus grande divulgation d'informations. Toutefois, nous croyons que cet argument est souvent utilisé à outrance. En effet, plusieurs études récentes montrent que, bien souvent, la quantité d'information nécessaire pour détecter certains actes frauduleux est nettement insuffisante pour mettre en péril la compétitivité des entreprises. En fait, dans certain cas, les informations nécessaires sont déjà publiques!

Ainsi, une étude américaine par Dimmock et Gerken⁴⁷ démontre qu'il existe plusieurs indicateurs statistiquement significatifs de prédiction de la fraude. Ces indicateurs sont principalement reliés à la présence de conflits d'intérêt, de mauvaise gouvernance et de violations passées de la loi⁴⁸. De plus, tous ces indicateurs peuvent être considérés comme faisant partie de l'information publique, puisqu'ils ont été colligés à partir d'une fiche technique que les entreprises doivent divulguer auprès de la *Securities and Exchange Commission* aux États Unis. Il est par ailleurs intéressant de noter que les auteurs démontrent que le fait d'éviter les 5% de firmes ayant les plus fortes probabilités de fraude *ex-ante* permet d'éviter 29% des fraudes, et plus de 40% des pertes en dollars dues aux cas de fraudes faisant partie de leur échantillon.

-
47. Stephen G. DIMMOCK et William Christopher GERKEN, « Detecting fraud by Investment managers », (2012) 105(1) *Journal of Financial Economics*, 153.
48. Ces indicateurs sont également étudiés par Stephen J. BROWN, William N. GOETZMANN, Bing LIANG et Christopher SCHWARZ, « Mandatory disclosure and operational risk : Evidence from hedge fund registration », (2008) 63 (6) *Journal of Finance*, 2785; « Estimating operational risk for hedge funds: the ω -score », (2009) 65 (1) *Financial Analysts Journal*, 43 dans un contexte de risque opérationnel plus large, incluant les fraudes. Ces auteurs concluent également qu'ils ont un pouvoir prédictif significatif.

De leur côté, Dechow et al.⁴⁹ s'intéressent à déterminer dans quelle mesure il aurait été possible de détecter, a priori, les entreprises américaines qui ont été trouvées coupables d'avoir manipulé leurs états financiers dans le but de présenter de meilleurs bénéfices, pendant la période allant de 1982 à 2005. Tous les indicateurs utilisés par les auteurs pour développer leur mesure de prévision sont du domaine public. Trois conclusions se dégagent de leurs résultats⁵⁰. Premièrement, les firmes qui manipulent leurs états financiers partagent des caractéristiques communes. Deuxièmement, dans une certaine mesure, il est possible de détecter les firmes qui sont les plus susceptibles de trafiquer leurs états financiers. Enfin, en moyenne, leur mesure de la probabilité qu'une entreprise manipule ses états financiers augmentent dans les trois années précédant l'année où l'entreprise a reporté de faux résultats.

Comme le démontrent les résultats des études répertoriés dans la présente section, et comme le signale Zingales⁵¹, il est important que les législateurs rendent l'information qu'ils possèdent accessibles au public dans des formats facilement analysables. De même, les données historiques devraient également être rendues disponibles à des fins de comparaison et d'analyse statistique. En effet, comme le démontre les résultats d'études récentes dans le domaine financier, il est possible d'utiliser des informations non compromettantes pour la plupart des entreprises afin de détecter des cas de fraude.

Jusqu'ici, toutes les mesures dont nous avons discuté ont principalement pour objectif la prévention d'actes frauduleux. Comme tel, ils contribuent donc à la réduction d'une partie des

-
49. Patricia M. DECHOW, Weili GE, Chad R. LARSON et Richard G. SLOAN, « Predicting material accounting misstatements », (2011) 68(1) *Contemporary Accounting Research*, 17.
50. Comme les auteurs le mentionnent, leur étude étant avant-gardiste à plusieurs égards, elle comporte certaines limites. Nous référons le lecteur intéressé à les connaître à consulter leur article.
51. Luigi ZINGALES, L., « The future of Securities Regulation », (2009) 47 (2) *Journal of Accounting Research* 391.

coûts sociaux totaux de la malhonnêteté. En effet, si la prévention de la fraude permettait de réduire à zéro la probabilité que des actes frauduleux soient commis, il n'y aurait pas lieu de s'inquiéter des coûts qui émanent de la perpétration de ces actes. Par contre, comme ceci est pratiquement impossible, voire non désirable d'un strict point de vue économique, on se doit de se demander s'il existe des mesures qui permettraient de minimiser les coûts sociaux qu'entraînent inévitablement ces actes. Plus précisément, et parce que le sujet est d'actualité, nous aborderons le sujet de l'indemnisation des victimes de fraudes financières⁵².

2.4 L'indemnisation des victimes de fraude

D'entrée de jeu, il nous faut mentionner que la question de l'indemnisation des victimes de fraudes financières majeures est complexe. Pour s'en convaincre, il suffit d'examiner les nombreux points de vue qui ont été exprimés, suite à la consultation lancée par l'Autorité des marchés financiers québécois, à l'automne 2011⁵³. Aussi, notre intention n'est pas tant d'offrir des solutions que d'exposer certains des problèmes qui s'y rattachent et de présenter quelques principes qui devraient orienter le débat.

Premièrement, pourquoi indemniser les victimes de fraudes financières majeures? À notre avis, la principale raison réside dans le fait que les victimes de ce type de fraude sont souvent des personnes vulnérables dont les pertes représentent une partie importante du patrimoine qu'elles ont accumulées au cours de leur vie active.

-
52. En effet, dans la foulée des scandales financiers qui ont secoué le Québec au cours des dernières années, l'Autorité des marchés financiers (AMF) s'interroge depuis quelques années sur la possibilité de créer un fonds national d'indemnisation des victimes de fraudes financières. Pour en connaître davantage sur ce sujet, le lecteur intéressé pourra consulter le site Web de l'AMF.
53. Pour en savoir plus : AUTORITÉ DES MARCHÉS FINANCIERS, *Consultations antérieures – Indemnisation* [Ressource électronique], en ligne : <<http://www.lautorite.qc.ca/fr/consultations-anterieures-indemnisation-conso.html>> (site consulté le 11 février 2014).

La vulnérabilité des victimes de fraudes financières majeures est facile à démontrer. D'une part, ce type de fraude résulte le plus souvent de placements financiers qui sont mal compris par les éventuelles victimes. Si, dès le départ, la complexité des produits financiers et des marchés sur lesquels ils sont transigés échappent la plupart du temps à la majorité des investisseurs, le processus de décision suivi par les investisseurs ne fait rien pour arranger les choses. En effet, la finance comportementale, un champ d'études relativement nouveau en finance, nous fournit plusieurs exemples de comportements qui, en plus de caractériser la façon dont les individus prennent leurs décisions financières, montrent comment ces derniers peuvent devenir des cibles particulièrement attrayantes pour les financiers peu scrupuleux.

Par exemple, il a été démontré que les investisseurs ont largement tendance à surestimer les probabilités très faibles et à sous-estimer les probabilités très fortes⁵⁴. Ainsi, les rendements exceptionnels promis par les Bernard Madoff, Alan Stanford ou Vincent Lacroix de ce monde, bien que rationnellement peu probables, deviennent parfaitement plausibles dans la perspective d'investisseurs qui admettent l'existence (invraisemblable) de tels rendements. En somme, les investisseurs ne demandent pas mieux que de croire en l'improbable et leur comportement facilite grandement les fraudeurs de tout acabit. Par exemple, dans le cas de la faillite du fonds de couverture Manhattan⁵⁵, le gestionnaire affichait un rendement de près de 30 % en 1997, un rendement exceptionnel pour tout gestionnaire de fonds, mais encore plus extraordinaire pour un gestionnaire spécialisé dans les ventes à découvert (en plein marché haussier).

Par ailleurs, d'autres caractéristiques humaines identifiées par la finance comportementale ont pour effet de rendre les investisseurs particulièrement vulnérables face aux fraudeurs. Par

54. Daniel KAHNEMAN, Paul SLOVIC et Amos TVERSKY, *Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982.

55. Chidem KURDAS, « Does regulation Prevent Fraud? – The Case of Manhattan Hedge Fund », (2009) 13(3) *The Independent Review*, 325.

exemple, l'effet de « herding »⁵⁶ selon lequel les investisseurs fixent leurs attentes à même l'observation du comportement des autres investisseurs, a sans doute permis d'alimenter les entrées de plusieurs fonds d'investissement spéculatifs. En effet, plus les investisseurs parlent en bien de votre fonds, plus d'autres investisseurs sont prêts à y contribuer. Pour un fonds offrant une stratégie d'investissement sophistiquée, il s'agit d'un raccourci fort utile : en tant qu'investisseur, vous êtes alors porté à établir vos croyances à l'égard d'un produit financier à même les croyances des autres investisseurs. Bernard Madoff utilisait ce biais comportemental en limitant l'accès à son fonds à de grandes fortunes ou en y permettant l'accès que par l'entremise de contacts personnels. En somme, il s'agissait d'un club privé où l'existence même du club (et sa difficulté d'y adhérer) permettait de signaler les « qualités » de gestionnaire de portefeuille de Madoff aux autres investisseurs.

Comme on vient de le voir, de par leur propre comportement en matière de décisions financières, les investisseurs deviennent vulnérables face à des individus malhonnêtes. Faut-il en conclure qu'il faut créer un fonds d'indemnisation pour les protéger d'eux-mêmes? On peut effectivement s'interroger sur la nécessité d'avoir un système spécifique pour protéger les épargnants contre la fraude. Très peu de systèmes juridiques couvrent une telle éventualité. La fraude, au même titre que les fluctuations des marchés, est un risque. Par contre, comme la fraude ne résulte pas d'un événement fortuit, le risque de fraude n'est pas assurable. Bien entendu, comme pour tous les risques, les investisseurs pourraient réduire le risque de fraude par le biais de la diversification. En effet, en plaçant leurs économies auprès de plusieurs gestionnaires, ils

56. Voir, notamment, Sushil BIKHCHANDANI, David HIRSHLEIFER et Ivo WELCH, « A Theory of Fads, Fashion, Custom, and Cultural Change as Informational Cascades », (1992) 100(5) *Journal of Political Economy*, 992; « Learning from the Behavior of Others: Conformity, Fads, and Informational Cascades », (1998) 12(3) *Journal of Economic Perspectives*, 151; John R. NOFSINGER et Richard W. SIAS, « Herding and Feedback, Trading by Institutional and Individual Investors », (1999) 54(6) *The Journal of Finance*, 2263.

seraient en mesure de réduire, dans une certaine mesure, le risque de fraude. Par contre, cette option pourrait être difficile (voire, coûteuse) à adopter pour les plus petits épargnants. Par conséquent, la création d'un fonds d'indemnisation pour les victimes de fraudes financières majeures semble être une solution à envisager dans le but de réduire les coûts sociaux résultant de fraudes financières majeures. Reste maintenant à déterminer la façon de financer ce fonds. Nous terminons en présentant quelques principes sur la base desquels le financement d'un tel fonds devrait être envisagé.

D'une part, nous croyons qu'il ne serait pas optimal que le fonds d'indemnisation rembourse à 100 % les sommes perdues par les victimes de fraude. La théorie économique nous enseigne en effet que, dans une situation comme celle-ci, le partage des risques est une solution plus optimale. De plus, peu importe la forme que prendrait un tel fonds d'indemnisation, il faudrait que l'industrie des services financiers soit impliquée dans son financement. Après tout, non seulement l'industrie financière est-elle responsable de la gestion de ses risques d'opération – lesquels incluent le risque de fraude –, mais au surplus, elle serait la première à bénéficier d'une confiance accrue des investisseurs envers les marchés financiers.

3. Conclusion

La malhonnêteté n'est pas un paramètre qui induit des résultats dans les modèles économiques néoclassiques; elle est plutôt la résultante de certains comportements dits rationnels. Ces actions malhonnêtes peuvent être reliées à des problèmes de sélection adverse, de risque moral ou de coûts d'agence, selon la nature du contrat qui lie les parties.

Ces actions, et leurs impacts, ont été largement documentés en finance ces dernières années. Il semble qu'en chaque occasion, le cadre réglementaire, tel qu'il existe actuellement, ait été relativement inefficace pour prévenir ou réagir aux actions malhonnêtes ou irrégulières posées. Si les approches classique et

comportementale sont utiles pour expliquer et prédire les agissements des individus, ces approches semblent également utiles pour analyser la validité d'un cadre normatif, et donc légal, en matière de détection et de prévention des comportements irréguliers en finance. À cet égard, notre étude montre les difficultés des régulateurs financiers à établir des lois et règlements appropriés et à recruter et conserver des employés compétents.

Dans ce contexte, une approche basée sur des méthodes de détection et de prévention complémentaires, hors des structures conventionnelles légales, semble fondée. Une telle approche semble en fait largement plus efficace pour prévenir et contrecarrer des comportements malhonnêtes (ex : Madoff, Banker Trust, Allied Irish Bank, etc.) ou irréguliers (ex : LTCM, AIG, etc.). La « gérance » de la malhonnêteté est possiblement mieux balisée hors d'un cadre normatif.

Ainsi, le cadre légal et réglementaire pourrait peut-être faire une contribution sociale plus significative en appuyant mieux les méthodes de détection et de prévention établies hors des structures légales conventionnelles.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LES DROITS LINGUISTIQUES AU CANADA

Auteur(s) : Guillaume ROUSSEAU

Revue : *RDUS*, 2014, volume 44, numéro 1

Pages : **227-231**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10153>

Page vide laissée intentionnellement.

NOTE BIBLIOGRAPHIQUE

LES DROITS LINGUISTIQUES AU CANADA*

par Guillaume ROUSSEAU**

Cet ouvrage réalisé sous la direction de Michel Bastarache et Michel Doucet étant la référence en droit linguistique canadien, la parution de la troisième édition mérite d'être soulignée. Surtout que cette toute dernière édition est considérablement revue et augmentée par rapport à la précédente, au point où l'ouvrage est passé de 774 à 1277 pages. Cette taille impressionnante s'explique par le fait que les droits linguistiques forment un vaste champ d'études que les auteurs ont entrepris de couvrir assez exhaustivement, et ce, d'un océan à l'autre. Dans la présente note bibliographique, nous tenterons de rendre justice à cette œuvre et d'en commenter certains aspects, en insistant sur des éléments relevant plus précisément du droit linguistique québécois, qui nous est plus familier.

Cette troisième édition comprend deux nouveaux chapitres, l'un concernant les peuples autochtones et l'autre le droit international. En plus d'inclure des mises à jour rendues nécessaires par l'évolution de la jurisprudence et des lois, les huit autres chapitres sont bonifiés par de nouveaux développements.

C'est le cas particulièrement pour le premier chapitre, qui compte désormais une section sur la justification des droits linguistiques, une sur le partage des compétences et une autre sur les principes d'interprétation de ces droits. La section sur la justification des droits linguistiques est l'occasion pour les auteurs Michel Bastarache, Michel Doucet et Martin Rioux d'exposer le modèle qu'ils rejettent, celui de l'assimilation, et celui qu'ils privilégient, fondé sur les droits de la personne et la reconnaissance. Ce premier chapitre contient également une section portant sur la démocratie et la reconnaissance du groupe linguistique minoritaire. C'est l'occasion d'aborder la dichotomie, classique en droit linguistique, entre l'approche fondée sur le territoire et celle fondée sur la personne. Les auteurs associent cette dernière au Nouveau-Brunswick et, de manière

*. Sous la direction de Michel BASTARACHE et Michel DOUCET, *Les droits linguistiques au Canada*, 3^e édition, Cowansville, Yvon Blais, 2014.

** Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

quelque peu surprenante, associent la première à la Belgique et à la Suisse, mais pas au Québec. S'en suivent les sections consacrées respectivement aux droits linguistiques en tant que droits fondamentaux, à l'historique de ces droits au Canada, au partage des compétences et aux principes d'interprétation de ces droits. Ce premier chapitre constitue une introduction réussie, puisque les neuf autres chapitres viennent souvent traiter plus en détail des sujets abordés dans ce chapitre.

Le deuxième chapitre, signé Michel Bastarache, est intitulé « Le principe d'égalité des langues officielles ». Logiquement, il porte sur le concept d'égalité, les articles 15 et 27 de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹, la *Charte de la langue française*², la *Charte des droits et libertés de la personne*³, les articles 16.1 et 16 (3) de la Charte canadienne et les dispositions législatives fédérales, provinciales et territoriales relatives à l'égalité linguistique. À quelques reprises, l'auteur se montre critique à l'égard du droit québécois, par exemple au sujet de l'arrêt *Westmount c. Québec*⁴, par lequel la Cour d'appel n'a pas invalidé une loi procédant à des fusions municipales malgré un argument fondé sur l'égalité des groupes linguistiques. Que l'on soit d'accord ou pas avec la perspective de l'auteur, radicalement favorable aux droits des minorités de langue officielle, il faut reconnaître que son argumentation est généralement solide. Les interprétations qui nous semblent quelque peu discutables, comme celle qui voit dans la *Charte de la langue française* des droits conférés aux francophones plutôt qu'à l'ensemble des Québécois, concernent le droit québécois et sont rarissimes.

Le troisième chapitre, sur les droits linguistiques en droit international, est également digne de mention. Surtout qu'il offre un tour de piste assez large en couvrant autant des traités applicables à l'échelle mondiale, tel le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*,

-
1. *Charte canadienne des droits et libertés* partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, constituant l'annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R.-U.), 1982, c. 11.
 2. *Charte de la langue française*, R.L.R.Q. c. C-11.
 3. *Charte des droits et libertés de la personne*, R.L.R.Q. c. C-12
 4. *Westmount c. Québec*, [2001] R.J.Q. 2520 (C.A.).

que des traités plus « régionaux », dont le *Traité sur l'Union européenne*. Il faut saluer ici l'audace des auteurs, Perri Ravon et Justin Dubois, qui n'hésitent pas à aborder ce dernier instrument même s'ils ne sont pas des spécialistes du droit européen. Leur analyse selon laquelle il existe une tension entre la volonté des États de promouvoir les langues nationales et la libre circulation, qui est au cœur de la construction européenne, est fort pertinente. Par contre, leur revue de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, selon eux globalement favorable à la protection des langues nationales, aurait pu être plus nuancée par la mention de certaines décisions allant dans le sens contraire; pensons à l'affaire *Yannick Geffroy c. Casino France SNC*, qui est venue limiter la protection du français en France et promouvoir l'utilisation d'une « autre langue facilement comprise », autrement dit de l'anglais.

Le quatrième chapitre, signé Michel Doucet, porte sur le bilinguisme législatif, et donc essentiellement sur l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁵, l'article 23 de la *Loi sur le Manitoba*⁶, les articles 17 et 18 de la Charte canadienne, les lois ordinaires pertinentes, la rédaction et l'interprétation des lois et jugements bilingues. Ce chapitre expose des ressemblances dans l'encadrement constitutionnel de certaines juridictions, surtout le Québec, le fédéral et le Manitoba. Il expose également des différences dans la pratique, par exemple avec le Québec et ses deux volumes annuels de lois distincts, une version française et une version anglaise, alors que les autres juridictions bilingues préfèrent les deux versions côte à côte.

Vanessa Gruben est l'auteure du cinquième chapitre. Ce dernier est consacré au bilinguisme judiciaire et porte donc également sur l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et l'article 23 de la *Loi sur le Manitoba*, en plus d'aborder les dispositions pertinentes de lois ordinaires, soit principalement des lois relatives aux langues ou aux procédures judiciaires. À l'instar du chapitre sur le bilinguisme législatif, l'analyse de la jurisprudence et des lois y est poussée, et critique lorsque nécessaire,

5. *Loi constitutionnelle de 1867*, (R.-U.), 30 & 31, Vict., c. 3.

6. S.C. 1870, 33 Vict. C. 3.

comme ce l'est au sujet du flou entourant l'application du bilinguisme judiciaire à certains tribunaux administratifs.

Le sixième chapitre est l'œuvre de Jennifer Klinck, Perri Ravon, Justin Dubois et Jean-Pierre Hachey. Ici est abordé le droit à la prestation de services dans les langues officielles via les articles 16 et 20 de la Charte canadienne, la *Loi sur les langues officielles*⁷ fédérale et les dispositions linguistiques de l'ensemble des provinces et des territoires. Le champ couvert par les auteurs est donc très étendu, ce qui ne les empêche pas d'aller en profondeur. Par exemple, au sujet du Québec, il est question de la *Charte de la langue française*, mais aussi de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*⁸. Dans ce contexte, on comprend pourquoi ce chapitre fait plus de 200 pages.

En comparaison, le septième chapitre, produit par Mark Power et portant sur les droits linguistiques en matière d'éducation, fait « à peine » 120 pages et quelques. Cette taille impressionnante s'explique par l'abondance de la jurisprudence touchant l'article 23 de la Charte canadienne et les lois qui doivent s'y conformer. Cela dit, ce chapitre aurait peut-être gagné à être encore plus exhaustif par moment. Par exemple, l'auteur mentionne le règlement québécois sur les « écoles passerelles »⁹, mais sans l'analyser ni même le résumer.

Une critique semblable peut être adressée au huitième chapitre signé Pierre Foucher et portant sur les concepts, les dimensions constitutionnelles et la réglementation relatifs aux droits linguistiques « dans le secteur privé » au sens large (travail, contrat, commerce, etc.). C'est que, comme le droit québécois régit le secteur privé beaucoup plus profondément que la législation fédérale ou celles des autres provinces, un traitement plus exhaustif de ce droit aurait été de mise. D'ailleurs, la version de ce chapitre

7. *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. 1985, c. 31.

8. *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, R.L.R.Q., c. S-4.2.

9. *Règlement sur les critères et la pondération applicables pour la prise en compte de l'enseignement en anglais reçu dans un établissement d'enseignement privé non agréé aux fins de subventions*, RLRQ, c. C-11, r 2.1.

contenue dans la deuxième édition comprenait un exposé sommaire de la *Charte de la langue française* qui permettait de mieux saisir les dispositions de cette loi analysées par la suite. Il est regrettable que cet exposé ne se retrouve plus dans la troisième édition. Malgré cela, ce chapitre arrive à traiter une foule de sujets de manière efficace, et le changement de titre entre la deuxième et la troisième est bienvenu, puisqu'il en résulte un retrait de l'expression « droit privé », qui était problématique.

Le neuvième chapitre, sur les droits linguistiques des peuples autochtones, signé Naomi Metallic, est des plus instructifs. Il permet de faire découvrir ces droits peu développés et peu connus du grand public, voire même de la communauté juridique, et plus largement le droit autochtone. Plus précisément, dans deux parties de grande qualité mais de tailles inégales, l'auteure aborde le rôle de la Constitution et celui des gouvernements dans la protection des langues autochtones.

Enfin, le dixième et dernier chapitre concerne les recours en droit linguistique. Malgré le caractère plus technique du sujet, François Laroche arrive à faire une synthèse intéressante des recours judiciaires, administratifs et internationaux. Certes, il y a parfois une surabondance de détails. À titre d'exemple, on peut se demander s'il était nécessaire pour l'auteur d'offrir une description aussi détaillée des règles du bilinguisme en vigueur à l'Université d'Ottawa dans le cadre de ce chapitre. Sur ce point, le lecteur ressort avec l'impression qu'un tel sujet, celui des règles linguistiques des institutions autres que l'État, aurait pu faire l'objet d'un chapitre à part.

Peut-être aurons-nous droit à un tel chapitre dans la quatrième édition, car il ne fait pas de doute que *Les droits linguistiques au Canada* devrait connaître d'autres éditions dans l'avenir qui, comme cette troisième, enrichiront considérablement notre compréhension de cet immense chantier que constituent les droits linguistiques canadiens.

